



**HAL**  
open science

## Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2019)

Laure Laganier Milano, Hélène Surrel, Katarzyna Blay-Grabarczyk, Béatrice Pastre-Belda, David Szymczak

### ► To cite this version:

Laure Laganier Milano, Hélène Surrel, Katarzyna Blay-Grabarczyk, Béatrice Pastre-Belda, David Szymczak. Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2019). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2020, pp.842 et ss. hal-04126427

**HAL Id: hal-04126427**

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04126427v1>

Submitted on 13 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2019)

Sous la direction de Laure MILANO et Hélène SURREL

Avec la collaboration de

Katarzina BLAY-GRABARCZYK, Béatrice PASTRE-BELDA, David SZYMCZAK<sup>1</sup>

SOMMAIRE

I.- L'ELOIGNEMENT DES ETRANGERS : LES INFLECHISSEMENTS REMARQUABLES DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

II.- LA PRECISION DES EXIGENCES CONVENTIONNELLES RELATIVES AU MAINTIEN D'ETRANGERS DANS UNE ZONE DE TRANSIT

III.- LA VIDEOSURVEILLANCE DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : DES GARANTIES CONTRASTEES

IV. - LES ENSEIGNEMENTS DU PREMIER AVIS CONSULTATIF RENDU PAR LA COUR EUROPEENNE EN MATIERE DE GPA

L'année 2019 a été marquée par des inflexions ou clarifications de la position de la Cour européenne.

Ainsi, la question, particulièrement sensible pour les Etats parties, du respect des droits des étrangers a suscité de nouveaux développements sous l'angle de l'article 3 de la Convention, avec notamment des avancées concernant les mesures d'éloignement d'étrangers gravement malades ou victimes de persécutions religieuses, mais aussi une systématisation des principes

---

<sup>1</sup> Laure Milano, Professeur, Université de Montpellier (IDEDH), Hélène Surrel, Professeure, Sciences Po Lyon (EDIEC-CEE), Katarzina Blay-Grabarczyk, Maître de conférences-HDR, Université de Montpellier (IDEDH), Béatrice Pastre-Belda, Maître de conférences, Université de Montpellier (IDEDH), David Szymczak, Professeur, Sciences Po Bordeaux (CRDEI).

applicables à la rétention d'étrangers dans les zones de transit, qui conforte l'enrichissement, ces dernières années, de la jurisprudence relative à l'article 5 de la Convention.

Par ailleurs, confrontée à la question de la compatibilité du recours à la vidéosurveillance avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, la Cour a précisé sa jurisprudence, sa position faiblement protectrice lorsque que pareille surveillance prend place sur le lieu de travail suscitant des interrogations.

L'année 2019 a également été marquée par la première mise en œuvre du Protocole n° 16, relatif à la procédure d'avis consultatif, permettant à la Grande chambre, non seulement, de statuer sur la question sensible de la GPA mais aussi de délimiter les contours de sa compétence consultative.

## I.- L'ELOIGNEMENT DES ETRANGERS : LES INFLECHISSEMENTS REMARQUABLES DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (BEATRICE PASTRE-BELDA)

La conventionnalité des mesures d'éloignement des étrangers fait l'objet d'un contentieux récurrent et abondant devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>2</sup>. Les principes généraux établis en la matière le sont de longue date sur le fondement du mécanisme prétorien de la « protection par ricochet »<sup>3</sup>, déployé notamment, mais pas exclusivement, sous l'angle des articles 3<sup>4</sup> et 8<sup>5</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>6</sup>. Ces principes directeurs sont encore d'actualité et les arrêts de la Cour rendus au cours de l'année 2019 en témoignent. Tel est le cas de l'arrêt *G.S. c/ Bulgarie*<sup>7</sup> dans lequel la Cour vient confirmer qu'un risque de mauvais traitement peut tenir au système juridique interne de l'Etat de destination. En l'espèce, elle rappelle que la peine de flagellation constitue un acte de torture (§ 81)<sup>8</sup> et fait ainsi obstacle à l'expulsion dès lors qu'elle est encourue par le requérant<sup>9</sup>. De même, ayant déjà admis qu'une situation générale de violence peut, par son intensité, exposer un individu à un risque réel de subir des mauvais traitements, sans qu'il soit nécessaire d'individualiser ce

---

<sup>2</sup> La Cour européenne ou la Cour, ci-après.

<sup>3</sup> Voy. Sudre F., en collab. avec Milano L., Surrel H., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2019, pp. 910 et s.

<sup>4</sup> CEDH, Plén., 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n° 14038/88 (GACEDH, n°16).

<sup>5</sup> CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, n° 9214/80.

<sup>6</sup> La Convention européenne ou CEDH, ci-après.

<sup>7</sup> CEDH, 4 avr. 2019, *G.S. c/ Bulgarie*, n° 36538/17 (JCP G, 2019, act. 431, obs. F. Sudre).

<sup>8</sup> Dans le même sens, CEDH, 18 nov. 2014, *M.A. c/ Suisse*, n° 52589/13, § 58.

<sup>9</sup> CEDH, 11 juill. 2000, *Jabari c/ Turquie*, n° 40035/98, §§ 41-42, s'agissant de la lapidation (JCP G, 2001, I, 291, n°5, obs. F. SUDRE).

dernier<sup>10</sup>, la Cour, dans son arrêt *O.D. c/ Bulgarie*<sup>11</sup>, juge que la situation générale en Syrie interdit toute expulsion. Enfin, la Cour avait également admis que le risque de mauvais traitement puisse émaner, non des autorités, mais de personnes ou groupuscules privés<sup>12</sup>. L'arrêt *N.A. c/ Finlande*<sup>13</sup>, dans lequel la Cour conclut à la violation des articles 2 et 3 CEDH en raison du décès du père de la requérante, expulsé en Irak et tué dès son retour, illustre cet effet horizontal de la protection dans la mesure où la Cour juge que le conflit entre ce dernier et son collègue de travail aurait dû faire l'objet d'un examen plus approfondi. En effet, l'appartenance religieuse des intéressés et l'existence de tensions entre groupes chiites et sunnites n'étaient pas sans incidence sur les risques d'atteinte à l'intégrité.

Si les principes généraux au fondement de la garantie européenne restent ainsi globalement inchangés, deux mouvements au cours de l'année 2019 peuvent néanmoins être constatés : d'une part, un renforcement circonscrit du standard de protection des droits individuels (A) et, d'autre part, une réorientation de l'office du juge européen à l'aune du principe de subsidiarité (B).

### ***A- Un renforcement circonscrit du standard de protection des droits individuels***

L'année 2019 laisse en effet entrevoir de nouvelles perspectives d'élévation du niveau de protection, ce dans des contentieux spécifiques. Notons en tout premier lieu les nouvelles précisions apportées par l'arrêt *Savran*<sup>14</sup> à l'égard des étrangers malades sous le coup d'une mesure d'éloignement. Dans son arrêt *Paposhvili*<sup>15</sup>, la Cour avait déjà infléchi sa jurisprudence en la matière, autrefois très restrictive<sup>16</sup>. Auparavant, seules des situations « *très exceptionnelles* » et des « *considérations humanitaires impérieuses* »<sup>17</sup> - concrètement un risque imminent de mourir<sup>18</sup> - étaient de nature à déclencher la protection conventionnelle. Désormais, depuis l'arrêt *Paposhvili*, la Cour accepte de déclencher la protection de l'article 3 lorsqu'est constaté « *un risque réel d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son*

<sup>10</sup> CEDH, 28 juin 2011, *Sufi et Elmi c/. Royaume-Uni*, n° 8319/07, § 218 (JCP G, 2011, doctr. 914, F. Sudre).

<sup>11</sup> CEDH, 10 oct. 2019, *O.D. c/ Bulgarie*, n° 34016/18 (JCP G, 2019, act. 1127, obs. B. Pastre-Belda).

<sup>12</sup> CEDH, 29 avr. 1997, *H.L.R. c/ France*, n° 24573/94 (RUDH, 1997, p. 347, note N. Chauvin).

<sup>13</sup> CEDH, 14 nov. 2019, *N.A. c/ Finlande*, n° 25244/18.

<sup>14</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> oct. 2019, *Savran c/ Danemark*, n° 57467/15 (JCP G, 2019, act. 1063, obs. F. Sudre ; RDS, 2020, n°93, p. 81, obs. B. PASTRE-BELDA). Un renvoi en Gde ch. a été accepté.

<sup>15</sup> CEDH, Gde ch., 13 déc. 2016, *Paposhvili c/ Belgique*, n° 41738/10 (RTDH, 2017-111, p. 651, note M. Bosuyt).

<sup>16</sup> CEDH, 2 mai 1997, *D. c/. Royaume-Uni*, n° 30240/96 (JCP G, 1998, I-107, n° 10, chron. F. Sudre).

<sup>17</sup> CEDH, *D. c/ Royaume-Uni*, préc., §54.

<sup>18</sup> Par ex., CEDH, Gde ch., 27 mai 2008, *N. c/ Royaume-Uni*, n° 26565/05, §§ 42 et s. (RTDH, 2009, p. 261, note F. Julien- Laferrière).

*espérance de vie* » du fait de l'absence de soins ou de leur inaccessibilité<sup>19</sup>. De plus, la Cour met dorénavant à la charge des Etats une nouvelle obligation d'examiner *in concreto* « *si les soins généralement disponibles dans l'Etat de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé* »<sup>20</sup>. Il revient ainsi aux Etats de s'assurer de la « *possibilité effective pour l'intéressé d'avoir accès à ces soins et équipements dans l'Etat de destination* », du « *coût des médicaments et traitements* », de « *l'existence d'un réseau social et familial* » et de « *la distance géographique pour accéder aux soins requis* »<sup>21</sup>. L'arrêt *Savran* (préc.), relatif à un individu atteint de graves troubles mentaux, condamné au Danemark pour violences aggravées et faisant l'objet d'une décision d'expulsion vers la Turquie, constitue la première application des principes *Paposhvili* et, à cet égard, se caractérise par un renforcement de la protection. Tout en rappelant l'ensemble des principes susmentionnés<sup>22</sup>, la Cour, d'abord, se démarque nettement de la méthodologie classique en deux temps (applicabilité/application de l'article 3). Elle ne procède pas en effet à l'examen du seuil de gravité des souffrances, nécessaire généralement pour déclencher la protection de l'article 3<sup>23</sup>. Elle fait ainsi l'impasse sur l'examen *in concreto* d'un « *risque réel* » pour le requérant d'être exposé à un « *déclin grave, rapide et irréversible* » de son état de santé et paraît, dès lors, encourager une application automatique de l'article 3. Par conséquent, l'essentiel du raisonnement prétorien se concentre sur le seul respect par le Danemark de son obligation positive d'examiner si les soins généralement disponibles dans l'Etat de destination sont « *suffisants et adéquats* » en pratique pour traiter la pathologie du requérant. C'est sur ce point que la Cour vient apporter des précisions. A la lecture de l'arrêt, il faut désormais comprendre que l'obligation de vérifier si les soins dans le pays de destination sont « *suffisants et adéquats* » s'entend comme celle également de s'assurer de l'existence « *d'un suivi [psychiatrique, en l'espèce] et d'un contrôle permanent* » dans le cadre d'un traitement médical externe intensif<sup>24</sup>. En l'espèce, les médecins avaient en effet mis en exergue la nécessité pour le requérant de prendre quotidiennement des médicaments afin d'éviter une aggravation des symptômes, puis de bénéficier d'un encadrement à l'occasion de son traitement ambulatoire, conditions essentielles de la réinsertion de ce dernier dans la société (§ 54). Or, les juges internes n'ont pas approfondi cet élément (§ 61). Cette exigence de suivi et de contrôle serait d'autant

---

<sup>19</sup> CEDH, *Paposhvili*, préc., §183.

<sup>20</sup> *Ibid.*, § 189.

<sup>21</sup> *Ibid.*, § 190.

<sup>22</sup> CEDH, *Savran*, préc., §§ 45-47.

<sup>23</sup> CEDH, Plén., 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71, § 162 (*JDI*, 1980, 449, obs. P. Rolland).

<sup>24</sup> CEDH, *Savran*, préc., §§ 54 et 58.

plus capitale, que la Cour relève en l'espèce l'absence de réseau familial en Turquie qui aurait pu accompagner le requérant dans son processus de guérison et réinsertion (§§ 62-63). Il revient dès lors à l'Etat de renvoi d'obtenir de l'Etat de destination des « *assurances individuelles et suffisantes* » que le requérant pourra bénéficier d'une telle prise en charge (§ 66). La Cour européenne renforce donc le standard de protection des étrangers malades, en ajoutant à l'exigence d'accessibilité du traitement, celle de son suivi, condition somme toute logique de son efficacité. Elle dépasse ainsi une application littérale des principes *Paposhvili* défendue par certains juges européens dissidents dans leur opinion commune jointe à l'arrêt *Savran*.

Dans une toute autre hypothèse, celle du risque de persécutions religieuses en cas d'éloignement, la Cour européenne paraît également jeter les premières bases d'un élargissement de la protection conventionnelle. Dans son arrêt *A.A.*<sup>25</sup>, si la Cour inscrit pleinement sa motivation dans les principes précédemment dégagés dans sa jurisprudence *F.G.*<sup>26</sup>, en particulier s'agissant des exigences relatives au contrôle que doivent mener les juges internes dans l'hypothèse du rejet d'une demande d'asile à l'égard d'un individu converti sur le territoire d'accueil, elle paraît également ouvrir de nouvelles perspectives en faveur de la liberté de religion. S'agissant en premier lieu du contrôle des autorités internes, dans son arrêt *F.G.* (préc.), la Cour avait déjà précisé qu'il leur incombait, après s'être assurées que la conversion était « *sincère* » et avait « *atteint un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* » (§ 144), de rechercher « *si l'on peut s'attendre à ce que le demandeur vive sa nouvelle foi à son retour dans son pays d'origine* » (§ 145). Or, en l'espèce, la Cour estime que le Tribunal administratif fédéral s'est contenté de présumer que le requérant, converti de l'islam au christianisme, ne rencontrerait aucun problème dans la mesure où la famille du requérant en Afghanistan n'était pas au courant de sa conversion (§ 52). Au contraire, il revenait au juge de s'interroger sur la manière dont le requérant vivait sa foi sur le territoire d'accueil et sur la façon dont il entendait la vivre en cas d'éloignement, soit en décidant de renvoyer l'étude de ces points à l'autorité de première instance, soit en soumettant au requérant une liste de questions sur sa façon d'exprimer sa foi depuis son baptême en Suisse et sur son intention de l'exercer en Afghanistan (§ 54). S'agissant en second lieu des critères permettant de caractériser l'existence d'un mauvais traitement, la Cour se fonde notamment sur des critères classiques<sup>27</sup>. Elle s'appuie, d'une part, sur la situation générale en Afghanistan en rappelant que les Afghans convertis au christianisme, ou soupçonnés de l'être, sont exposés à un risque de

---

<sup>25</sup> CEDH, 5 nov. 2019, *A.A. c/ Suisse*, n° 32218/17.

<sup>26</sup> CEDH, Gde ch., 23 mars 2016, *F.G. c/ Suède*, n° 43611/11 (*JCP G*, 2016, act. 439, obs. G. Gonzalez).

<sup>27</sup> *Ibid.*, § 115.

persécution émanant de divers groupes mais pouvant aussi prendre une forme étatique (§ 50) et, d'autre part, de manière plus accessoire, sur l'origine ethnique du requérant, celui-ci appartenant à une communauté faisant l'objet d'un certain degré de discrimination (§ 56). En outre, cependant, la Cour relève les conséquences liées à la dissimulation quotidienne des croyances, notamment à l'impact psychologique sur l'individu. En effet, insistant sur le fait que le requérant, à son retour, serait obligé de modifier son comportement social de manière à cantonner sa nouvelle foi dans le domaine privé par crainte d'être découvert et serait ainsi contraint de vivre dans le mensonge (§ 55), la Cour s'appuie sur un jugement « *de référence* » rendu par le Tribunal administratif fédéral suisse dans lequel celui-ci admet « *que la dissimulation et la négation quotidiennes de convictions intimes dans le contexte de la société afghane conservatrice pouvaient, dans certains cas, être qualifiées de pression psychique insupportable* » (§ 55). Une telle analyse trouve également écho dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne puisque celle-ci estime pertinent de prendre en compte le fait que la pratique publique de la foi est essentielle pour que les individus préservent leur identité religieuse<sup>28</sup>. Si tant la CJUE que la Cour européenne exigent toujours l'établissement d'un risque de persécution religieuse pour déclencher la protection européenne<sup>29</sup>, il n'en demeure pas moins que cette incursion dans la motivation de la Cour européenne permet d'envisager à l'avenir une protection plus étendue de la liberté de religion dans le cadre des mesures d'éloignement.

En parallèle de ces récentes perspectives d'élargissement de la garantie conventionnelle, un mouvement de réorientation de l'office de la Cour européenne, sur le fondement du principe de subsidiarité, doit être relevé.

### ***B- Une réorientation notable de l'office du juge européen des droits de l'homme***

Cette réorientation se concrétise par une procéduralisation du contrôle. D'une part, la Cour met davantage en exergue les garanties procédurales, lesquelles impacteront à leur tour la nature du contrôle européen et, d'autre part, à l'occasion du contrôle au fond de la mesure d'éloignement, la Cour s'oriente résolument vers un désengagement.

---

<sup>28</sup> CJUE, Gde ch., 5 sept. 2012, *Bundesrepublik Deutschland c/ Y*, C-71/11 et *Bundesrepublik Deutschland c/ Z*, C-99/11 (*RDP*, 2013, p. 707, note A. Schahmanèche).

<sup>29</sup> CEDH, *A.A. c/ Suisse*, préc., §58.

Au titre des garanties procédurales, doit être mentionné l'arrêt *Ilias et Ahmed*<sup>30</sup> dans lequel la Grande chambre opère une systématisation des obligations procédurales contenues au sein de l'article 3 CEDH, dans l'hypothèse où un demandeur d'asile fait l'objet d'une décision d'expulsion vers un pays tiers « intermédiaire ». La Cour souligne que la portée des obligations pour l'Etat ordonnant l'expulsion n'est pas la même selon que le pays de destination est le pays d'origine du demandeur d'asile (en l'espèce, le Bangladesh) ou un pays tiers (en l'espèce, la Serbie). Dans la première hypothèse, très classiquement, l'Etat a l'obligation de procéder à un examen au fond de la demande d'asile et, précisément, de déterminer s'il existe « *des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3* »<sup>31</sup>. C'est dans la seconde hypothèse (l'expulsion vers un pays tiers), que la Cour apporte davantage de précisions. A cet égard, elle souligne que la teneur des obligations procédurales à la charge de l'Etat ordonnant l'expulsion n'est pas la même selon que ce dernier souhaite ou non procéder à un examen au fond de la demande d'asile. Si l'Etat décide de ne pas examiner au fond la demande d'asile - comme l'y autorise la Directive 2013/32/UE relative aux procédures d'asile - il lui incombe, principalement, de « *déterminer si l'intéressé aura ou non accès à une procédure d'asile adéquate dans le pays tiers de destination* » et, dans l'hypothèse où le demandeur d'asile allègue être exposé à un risque de subir des traitements contraires à l'article 3 dans l'Etat tiers, d'« *apprécier ce risque dès lors qu'il concerne, par exemple, les conditions de détention ou de vie de l'intéressé dans le pays tiers de destination* » (§ 131). L'objectif recherché étant de protéger le migrant contre un refoulement vers son pays d'origine qui pourrait être contraire à l'article 3, il apparaît naturel que cette obligation procédurale s'impose que le pays tiers de destination soit ou non un Etat membre de l'Union européenne<sup>32</sup> ou un Etat partie à la Convention, comme en l'espèce (§ 134). Ainsi, l'inclusion d'un Etat dans la catégorie de « pays tiers sûrs » doit répondre à un examen rigoureux, elle ne peut être présumée. Les autorités internes doivent procéder « *d'office* » à une « *appréciation de l'accessibilité et du fonctionnement du système d'asile du pays de destination ainsi que des garanties qu'il offre dans la pratique* » (§ 141). En plus d'être « *réputées avoir connaissance des défaillances générales abondamment décrites dans des rapports fiables émanant notamment du HCR, du Conseil de l'Europe et des organes de l'Union européenne* » (§ 141), elles ont par ailleurs

---

<sup>30</sup> CEDH, Gde ch., 21 nov. 2019, *Ilias et Ahmed c/ Hongrie*, n°47287/15 (JCP G, 2020, doct. 40, chron. B. Pastre-Belda).

<sup>31</sup> En ce sens, CEDH, *Soering*, préc., §91.

<sup>32</sup> Voy. CEDH, Gde ch., 21 janv. 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09 (RFDA, 2012, p. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois et L. Milano ; RTD eur., 2012, p. 393, obs. F. Benoît-Rohmer).



« l'obligation de rechercher à cet effet toutes les informations pertinentes généralement disponibles » (§ 141). En l'espèce, la Cour conclut au non-respect par la Hongrie de son obligation procédurale eu égard au fait que l'inclusion de la Serbie dans la catégorie des « pays sûrs » n'a pas été suffisamment étayée, alors même que des informations générales démontraient que les demandeurs d'asile expulsés vers la Serbie couraient un risque réel de faire l'objet d'un refoulement arbitraire vers la République de Macédoine du Nord puis vers la Grèce, les exposant ainsi à des conditions contraires à l'article 3 (§ 158). Notons enfin que la Cour prend soin d'inscrire son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité (§ 150). Elle estime, en effet, que dès lors que l'Etat d'accueil s'est légitimement refusé d'examiner la demande d'asile au fond, il n'incombe pas à la Cour la tâche d'examiner le point de savoir s'il existait une allégation défendable selon laquelle le demandeur d'asile courait un risque de subir des mauvais traitements dans son pays d'origine (§ 147).

Cette mise en exergue du principe de subsidiarité est également prégnante dans l'arrêt *A.M.*<sup>33</sup>. La Cour y admet qu'un individu condamné pour terrorisme peut être renvoyé en Algérie sans risque de traitements contraires à l'article 3 CEDH. D'une part, elle considère que, dorénavant<sup>34</sup>, la situation générale en matière de traitement des personnes liées au terrorisme n'empêche pas en soi un éloignement (§ 126), ce à la lumière de nombreuses évolutions institutionnelles et normatives depuis 2015. D'autre part, la Cour juge que la situation personnelle du requérant, caractérisée par ses liens passés avec une cellule djihadiste et par la connaissance de sa condamnation par les autorités algériennes, n'est pas de nature à générer un « *risque réel* » de subir des mauvais traitements (§§ 131-132). Deux éléments significatifs dans la motivation développée par la Cour doivent être soulignés. Premièrement, la prégnance du principe de subsidiarité, mis en évidence au § 116. Soulignons que la référence à ce principe est récurrente lorsque la Cour contrôle les mesures d'éloignement au regard de l'article 8 CEDH et se traduit quasi systématiquement par une absence de contrôle européen au fond. En effet, dès lors que les autorités ont réalisé « *une pesée adéquate entre les intérêts personnels du requérant et les intérêts plus généraux de la société* », la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle réalisée par ces dernières, sauf « *s'il existe des raisons importantes pour le faire* »<sup>35</sup>. Sous l'angle de l'article 3, la Cour ne procède pas toutefois ainsi.

---

<sup>33</sup> CEDH, 24 avr. 2019, *A.M. c/ France*, n° 12148/18 (AJDA, 2019, p. 1764, note C. Gauthier ; JCP G, 2019, act. 545, obs. F. Sudre).

<sup>34</sup> Pour un exemple contraire, voy. CEDH, 1<sup>er</sup> fév. 2018, *M.A. c/ France*, n° 9373/15.

<sup>35</sup> CEDH, 14 sept. 2017, *Ndidi c/ Royaume-Uni*, n° 41215/14, § 76. Ce désengagement européen a été qui plus est approfondi : dans l'arrêt *I.M. c/ Suisse* (CEDH, 9 avr. 2019, n° 23887/16, JCP G, 2019, doct. 718, chron. B. Pastre-Belda), aucun contrôle européen au fond n'est réalisé en dépit de l'absence de contrôle adéquat au niveau interne.

Dans l'arrêt *A.M.* (préc.), elle rappelle en effet qu'il lui revient le soin d'« *estimer établi que l'appréciation effectuée par les autorités de l'Etat contractant concerné est adéquate et suffisamment étayée par les données internes et par celles provenant d'autres sources fiables et objectives* » (§§ 116 et 132). Cependant, si dans cet arrêt, la référence à la subsidiarité ne se traduit pas, manifestement, par un désengagement du juge européen de nature à priver le requérant d'un contrôle au fond, il faut néanmoins souligner les références « *insistante[s] à la fois aux décisions internes françaises et à certaines décisions d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe* »<sup>36</sup>. A cet égard, le contrôle réalisé dans l'arrêt *T.K. et S.R.*<sup>37</sup>, relatif à l'extradition d'Ouzbeks vers le Kirghizistan, paraît confirmer cette dernière tendance du juge européen. Secondement, un autre infléchissement réside dans les effets que la Cour entend tirer de l'absence de garanties diplomatiques formulées par les autorités algériennes. En général, la Cour assouplit la charge de la preuve pesant sur le requérant en demandant à l'Etat de lui fournir des garanties diplomatiques que la sécurité de l'individu sera assurée dans le pays de destination<sup>38</sup>. L'absence de telles assurances conduit en général la Cour à conclure à l'existence d'un « *risque réel* » d'être soumis à des mauvais traitements. Or, en l'espèce, elle estime que la conclusion de non-violation de l'article 3 « *n'est pas remise en cause par l'absence de garanties diplomatiques de la part des autorités algériennes* » (§ 133). La Cour opère en effet une distinction entre, d'une part, le contrôle qu'elle réalise au stade de l'examen de la demande de mesure provisoire (article 39 du règlement de la Cour), contrôle succinct justifiant la nécessité d'obtenir de telles assurances et, d'autre part, le contrôle au fond qu'elle réalise ici au cours duquel de telles garanties ne sont plus indispensables dans la mesure où la Cour est « *en mesure de procéder à un examen approfondi de la situation prévalant en Algérie et de la situation personnelle d'A.M.* » (§ 133). La Cour admet ainsi la possibilité de compenser l'absence d'assurances diplomatiques par l'examen qu'elle réalise, alors-même que ce dernier, nous l'avons noté, est sous-tendu par l'exigence de subsidiarité...

## II. - LES PRECISIONS QUANT A L'APPLICATION DE L'ARTICLE 5 § 1 DE LA CONVENTION AUX DECISIONS DE MAINTIEN D'ETRANGERS DANS UNE ZONE DE TRANSIT (KATARZINA BLAY-GRABARCZYK, LAURE MILANO)

---

<sup>36</sup> C. Gauthier, « Renvoi en Algérie d'une personne condamnée pour terrorisme : le feu vert contesté de la CEDH », *AJDA*, 2019, p. 1764.

<sup>37</sup> CEDH, 19 nov. 2019, *T.K. et S.R. c/ Russie*, n°s 28492/15 et 49975/15.

<sup>38</sup> CEDH, Gde ch., 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n° 22414/93.

Des interrogations quant au caractère « restrictif » ou « privatif » de certaines mesures touchant la liberté individuelle restent encore posées. En effet, nombre d'entre elles, comme les assignations à résidence, les « couvre-feux », les ports de bracelets électroniques ou encore les placements dans des zones d'attente de demandeurs d'asile, peuvent relever, selon leur étendue, soit de l'article 5 de la Convention relatif au droit à la liberté et à la sûreté, soit de l'article 2 du Protocole additionnel n° 4 relatif à la liberté de circulation. Ces deux dispositions fixent les conditions dans lesquelles des atteintes à ces libertés peuvent être portées afin d'éviter les décisions arbitraires et exigent de ne pas prolonger ces mesures au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé.

En l'absence de délimitation conventionnelle claire entre les restrictions à la liberté de circulation prévues à l'article 2 du Protocole additionnel n° 4 et les privations de liberté strictement encadrées par l'article 5, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne ces dernières années de la volonté de mieux encadrer les champs d'applications respectifs de ces dispositions s'agissant, spécifiquement, de mesures visant au confinement des personnes. Après avoir clarifié le champ d'application des mesures de confinement des manifestants par la police<sup>39</sup> ou des assignations à résidence<sup>40</sup>, la Cour européenne a procédé dans le courant de l'année 2019 à la systématisation de sa jurisprudence relative à l'application de l'article 5 aux mesures de rétention d'étrangers dans les zones de transit.

L'article 5 § 1 de la Convention dresse une liste exhaustive des six cas permettant de priver une personne de liberté<sup>41</sup>. Par conséquent, le caractère « privatif » ou « restrictif » d'une mesure est primordial car la « privation » de liberté doit nécessairement être fondée sur l'un des motifs du paragraphe 1. A défaut d'être justifiée par l'une de ces catégories, la privation de liberté sera automatiquement considérée comme illégale et emportera la violation de l'article 5. En outre, la qualification d'une mesure de « privative » de liberté ouvre au requérant le bénéfice des garanties substantielles et procédurales contenues dans les paragraphes 2 à 5. A l'inverse,

---

<sup>39</sup> CEDH, Gde ch., 15 mars 2012, n° 39692/09, *Austin et al. c/ Royaume-Uni*, § 59, *JCP G* 2012, 455, act. F. Sudre (technique du « kettling » visant à confiner les manifestants à l'intérieur d'un cordon de police).

<sup>40</sup> CEDH, Gde ch., 23 fév. 2017, n° 43395/09, *De Tommaso c/ Italie*, *cette chron.*, *RDJ* 2018, p. 859, obs. K. Blay-Grabarczyk (assignations à résidence), par rapport à CEDH, Gde ch., 5 juil. 2016, n° 23755/07, *Buzadji c/ Moldavie*, (assignations à domicile).

<sup>41</sup> CEDH, 8 juin 1976, n° 5100/71, *Engel et al. c/ Pays-Bas*, § 57, *GACEDH* n°4. Les six cas visés par l'article 5 § 1 de la Convention sont la détention après une condamnation (alinéa a), la détention après une arrestation en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'une obligation légale (alinéa b), la détention provisoire (alinéa c), la détention d'un mineur (alinéa d), la détention de personnes catégorisées (alinéa e) ou encore la détention d'un étranger (alinéa f).

une mesure non considérée comme « privative » de liberté entraîne l'inapplicabilité de cette disposition et peut éventuellement être discutée sous l'angle de l'article 2 du Protocole 4.

Parmi les motifs conventionnels d'une privation de liberté, l'article 5 § 1 alinéa f) permet notamment de placer des demandeurs d'asile en zone de transit dans le but de les empêcher de pénétrer sur le territoire<sup>42</sup>. En effet, traditionnellement, le juge européen reconnaît aux États le droit de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire et les autorise, par conséquent, à placer en détention des candidats à l'immigration<sup>43</sup>. Si la Cour a déjà eu l'occasion de traiter de cette question<sup>44</sup>, les arrêts rendus en 2019<sup>45</sup>, dont deux en Grande chambre<sup>46</sup>, apportent des indications importantes. D'une part, le juge européen précise les critères d'applicabilité de l'article 5 § 1 alinéa f) et la notion de mesure « privative » de liberté dans une zone de transit (A). D'autre part, il rappelle l'étendue de son contrôle en la matière (B).

### ***A. L'applicabilité de l'article 5 de la Convention aux décisions de placement dans une zone de transit***

L'appréciation de la notion de « privation » de liberté a conduit la Cour à élaborer, au fil de sa jurisprudence, un faisceau de critères variables en fonction du degré de contrainte exercé sur le requérant et de la nature de la mesure appliquée. Dans les deux arrêts rendus en novembre 2019, la Cour européenne procède à la synthèse des critères applicables (1), tout en explicitant l'élément central de son analyse, à savoir la liberté de mouvement dont jouit l'individu dans une zone de transit (2). Dans un contexte migratoire européen de plus en plus tendu, cette systématisation apparaît comme particulièrement opportune.

#### *1. La synthèse des critères applicables*

---

<sup>42</sup> L'article 5 § 1 f) autorise à priver de liberté un individu « s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».

<sup>43</sup> CEDH, Gde ch., 29 janv. 2008, n° 13229/03, *Saadi c/ Royaume-Uni*, § 64, cette chron. 2009, 904, obs. H. Surrel.

<sup>44</sup> CEDH, 25 juin 1996, n° 19776/92, *Amuur c/ France*, § 42, *JCP G* 1997, I, 4000, n°11, chron. F. Sudre ; CEDH, 12 oct. 2006, n° 13178/03, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, § 102, *RTDH* 2007, 823, note B. Masson ou CEDH, *Saadi, préc.*, §65.

<sup>45</sup> CEDH, 26 mars 2019, n° 47920/12, *Haghilo c/ Chypre* ou CEDH, 25 juin 2019, n° 10112/16, *Al Husin c/ Bosnie Herzégovine (n°2)*, *JCP G* 2020, chron. 40, n° 8, obs. L. Milano.

<sup>46</sup> CEDH, Gde ch., 21 nov. 2019, n° 47287/15, *Ilias et Ahmed c/ Hongrie*, *JCP G* 2019, act. 1342, obs. L. Milano ou CEDH, Gde ch., 21 nov. 2019, n° 61411/15, *Z. A. et al. c/ Russie*.

L'affaire *Illias et Ahmed* a permis au juge européen de revenir sur le caractère « privatif » ou « restrictif » des mesures concernant les demandeurs d'asile placés dans une zone de transit. Initialement considérée comme une mesure « restrictive » de liberté par la Commission européenne des droits de l'homme<sup>47</sup>, la ligne jurisprudentielle de la Cour semblait avoir été définitivement fixée dans l'arrêt *Amuur contre France*. Dans cette affaire, le juge européen avait en effet qualifié le maintien dans la zone de transit de l'aéroport d'Orly de « privation de liberté »<sup>48</sup> en s'appuyant notamment sur la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés et en adoptant une position contraire à celle du Conseil constitutionnel<sup>49</sup>. Dans un contexte de crise migratoire grandissante, les arrêts postérieurs ont globalement retenu la même approche concernant les zones de transit aéroportuaire<sup>50</sup> ou les centres d'accueil installés sur les îles italiennes<sup>51</sup> ou grecques<sup>52</sup> de la Méditerranée.

Le juge européen a rappelé qu'il convenait de distinguer les mesures « privatives » de liberté au sens de l'article 5 § 1 de simples « restrictions » à la liberté de circuler obéissant à l'article 2 du Protocole n°4 à la Convention. Dans ces arrêts, la Cour a admis notamment qu'entre ces deux mesures « il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence »<sup>53</sup> et que le « classement dans l'une ou l'autre de ces catégories se révèle parfois ardu, car dans certains cas marginaux il s'agit d'une pure affaire d'appréciation »<sup>54</sup>. Elle a ainsi considéré que pour apprécier si le requérant avait été ou non privé de sa liberté au sens de l'article 5, il fallait prendre en compte la situation concrète de la personne concernée<sup>55</sup> pour « cerner la réalité par-delà les apparences et le vocabulaire employé »<sup>56</sup>.

Dans l'arrêt *Illias et Ahmed*, confronté pour la première fois à un placement dans une zone de transit transfrontalière, le juge européen a dû trancher le fait de savoir si la détention pendant une vingtaine de jours de deux ressortissants du Bangladesh à la frontière hongroise, avant qu'ils ne soient expulsés vers la Serbie, pouvait être qualifiée de « privation de liberté ».

---

<sup>47</sup> Com. EDH, 5 avr. 1993, n° 19066/91, *S.S., A.M. et Y.S.M. c/Autriche*.

<sup>48</sup> CEDH, *Amuur, préc.*, § 43.

<sup>49</sup> Cons. const., 21 fév. 1992, n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 14, *RFDA* 1992, 185 obs. B. Genevois. Le juge constitutionnel a en effet considéré que « le maintien d'un étranger en zone de transit (...) n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention ».

<sup>50</sup> V. notamment CEDH, 27 nov. 2003, n° 45355/99, *Shamsa c/Pologne*, § 47 ; CEDH, 24 janv. 2008, n° 29787/03, *Riad et Idiab c/Belgique*, § 65 ou CEDH, *Z. A., préc.*, § 156.

<sup>51</sup> CEDH, Gde ch., 15 déc. 2016, n° 16483/12, *Khlaifia et al. c/Italie*, § 72.

<sup>52</sup> CEDH, 25 janv. 2018, n° 22696/16, *J.R. et al. c/Grèce*, § 112.

<sup>53</sup> CEDH, 6 nov. 1980, n° 7367/76, *Guzzardi c/Italie*, ou Cour EDH, 28 mai 1985, n° 8225/78, *Ashingdane c/Royaume-Uni*, § 41.

<sup>54</sup> CEDH, *Khlaifia., préc.*, § 64.

<sup>55</sup> CEDH, *Guzzardi, préc.*, § 92.

<sup>56</sup> CEDH, 24 juin 1982, n° 7906/77, *Van Droogenbroeck c/Belgique*, § 38.

Pour distinguer entre « restriction à la liberté de circuler » et « privation de liberté », le juge strasbourgeois adopte « une approche pragmatique et réaliste (...) »<sup>57</sup> et utilise différents critères, qu'il synthétise ici, et qu'il applique en tenant compte « du but spécifique des zones de transit en question, de leur configuration et de leurs caractéristiques juridiques »<sup>58</sup>. Ces critères sont : 1) la situation personnelle des requérants dont les choix migratoires opérés par eux-mêmes, 2) le régime juridique applicable dans le pays concerné et l'objectif qui est le sien, 3) la durée du maintien dans la zone de transit considérée notamment à la lumière du but qui était poursuivi et de la protection procédurale dont les requérants jouissaient au moment des événements, 4) la nature et le degré des restrictions concrètement imposées aux requérants ou effectivement subies par ces derniers<sup>59</sup>. Cette grille de lecture est désormais systématisée puisqu'elle est également appliquée dans l'arrêt *Z. A. et autres* rendu le même jour concernant le maintien des étrangers dans la zone de transit aéroportuaire<sup>60</sup>.

Toutefois, quelle que soit la zone de transit concernée (transfrontalière, aéroportuaire, île ...), l'élément central de l'analyse de la Cour demeure la liberté de mouvement laissée au requérant dans son lieu de rétention.

## 2. Le caractère fondamental de la liberté de mouvement

Le degré de contrainte de la mesure, et les conséquences qui en découlent pour les requérants, demeure le critère central du raisonnement du juge. Dans l'arrêt *Z. A. et autres*, les requérants se sont retrouvés à l'aéroport de Moscou de manière involontaire, après qu'ils se soient vu opposer un refus de gagner les pays de leur choix et aient été renvoyés par avion en Russie. Ainsi, leur demande d'asile dans ce pays a été dictée par le seul fait d'être arrivé involontairement à l'aéroport moscovite. Le point déterminant de l'analyse réside toutefois dans la nature et le degré des restrictions concrètement imposées et subies par les requérants. En effet, la Cour pointe le fait que, séjournant dans la zone de transit de l'aéroport, ils ne pouvaient pas la quitter pour se rendre sur le territoire russe, de plus, ils étaient contraints d'acheter des billets d'avion voire, selon les destinations, de demander un visa pour pouvoir quitter la Russie. Les restrictions à leur liberté étaient donc « *substantielles* » dans la mesure où l'ensemble de la zone se trouvait sous le contrôle permanent de la police des frontières.

---

<sup>57</sup> CEDH, *Ilias et Ahmed*, préc., § 213.

<sup>58</sup> *Ibid*, § 219.

<sup>59</sup> *Ibid*, § 217.

<sup>60</sup> CEDH, *Z. A.*, préc., § 138.

Aux yeux de la Cour, les restrictions apportées permettent d'assimiler la rétention dans la zone de transit à un « régime de détention allégé qui caractérise certaines structures pénitentiaires »<sup>61</sup>, ce qui la conduit logiquement à déclarer l'article 5 applicable à la situation subie par les requérants.

En revanche, dans l'arrêt *Ilias et Ahmed*, contrairement aux solutions jusqu'alors connues de la jurisprudence de la Cour, la zone de transit entre la Serbie et la Hongrie répondait à des caractéristiques différentes. Plus précisément, le juge européen distingue très explicitement la zone de transit située à la frontière terrestre, la zone de transit aéroportuaire (jurisprudence *Amuur*) et les centres d'accueil installés dans une île (jurisprudence *Khlaifia*). Si la liberté de circuler des requérants dans la zone frontalière a été « *fortement restreinte* », et pouvait être assimilée à un régime de détention allégé, les requérants sont arrivés d'un territoire adjacent à la zone de transit de leur propre chef avec, tout au long de leur séjour dans la zone de transit, une possibilité réaliste de quitter celle-ci à pied en direction de la Serbie, comme l'ont d'ailleurs fait d'autres personnes. Contrairement à l'arrêt *Z. A. et autres*, les circonstances de l'affaire amènent ainsi la Grande chambre, à l'inverse de ce qu'avait jugé l'arrêt de chambre<sup>62</sup>, à déclarer l'article 5 inapplicable.

Une même vérification du degré de contrainte et de la liberté de mouvement des requérants était déjà perceptible dans la jurisprudence antérieure. Dans l'arrêt *Guzzardi*, la Cour avait déclaré que l'assignation à résidence sur une île, s'accompagnant de confinement dans une zone délimitée, de surveillance quasi permanente et de l'impossibilité de nouer des liens sociaux, s'analysait comme une « *privation de liberté* »<sup>63</sup>.

Procédant à la clarification de sa jurisprudence relative aux assignations à résidence, elle a ensuite adopté dans l'affaire *De Tommaso* une démarche comparable à celle des arrêts de 2019 en déclarant là aussi l'article 5 inapplicable car les mesures de surveillance spéciales, dont faisait l'objet le requérant, ne présentaient pas de degré de contrainte suffisant pour pouvoir être qualifiées de « *privation de liberté* ». Le juge européen soulignait notamment la possibilité de sortir dans la journée et la possibilité de nouer des contacts avec l'extérieur.

La liberté de mouvement et la possibilité de quitter à tout moment la zone de confinement, quelle que soit sa nature, sont ainsi devenues des éléments clés dans l'appréciation de la Cour.

---

<sup>61</sup> *Ibid*, § 151.

<sup>62</sup> CEDH, 14 mars 2017.

<sup>63</sup> CEDH, *Guzzardi*, préc. § 95.

En revanche, si l'applicabilité de l'article 5 est retenue, celle-ci débouche sur un contrôle de la régularité de la privation de liberté, en l'occurrence, la décision de maintien dans la zone de transit.

### ***B. Le contrôle de la régularité du maintien dans une zone de transit***

Conformément à la position du juge européen, « tout individu, en liberté ou détenu, a droit à sa protection, c'est-à-dire à ne pas être ou rester privé de sa liberté, sauf dans le respect des exigences du paragraphe 1 (...), et, s'il se voit arrêté ou détenu, à bénéficier des diverses garanties des paragraphes 2 à 5 (...) dans la mesure où elles entrent en ligne de compte »<sup>64</sup>. Qu'il s'agisse de mesures de police administrative préventives ou de privations de liberté décidées par le juge, celles-ci doivent répondre à un certain nombre d'exigences conventionnelles. Plus précisément, en vertu de la jurisprudence européenne clairement fixée, toute mesure privative de liberté doit être régulière, c'est-à-dire être opérée selon les voies légales (1) et ne pas être entachée d'arbitraire (2).

#### *1. L'exigence d'une base légale*

L'approche du juge européen en matière de politiques migratoires est fondée sur un principe du droit international classique, constamment rappelé, en vertu duquel les États parties à la Convention ont « le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »<sup>65</sup>. Ainsi, une privation de liberté appliquée aux demandeurs d'asile, en vue d'empêcher une entrée irrégulière sur le territoire d'un État, n'est pas *en soi* contraire à la Convention<sup>66</sup>. En revanche, l'article 5 exige l'existence de « voies légales » énonçant les motifs pour lesquels une telle décision peut être ordonnée<sup>67</sup>.

L'exigence d'une base légale n'est pas spécifique à l'article 5. De manière classique, le juge européen impose l'existence d'un cadre légal interne comme condition de la conventionnalité des mesures nationales limitant les droits et libertés garantis. Elle revêt toutefois une importance particulière s'agissant de la décision visant à priver une personne de sa liberté. Afin de répondre à cette exigence, la « loi » doit, de plus, satisfaire le principe de

---

<sup>64</sup> CEDH, 2 mars 1987, n° 9787/82, *Weeks c/ Royaume-Uni*, § 40.

<sup>65</sup> CEDH, 15 nov. 1998, n° 22414/93, *Chahal c/ Royaume-Uni*, § 73.

<sup>66</sup> CEDH, *Z. A., préc.*, §§ 160 et 163.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 161.



sécurité juridique<sup>68</sup> et répondre à un certain nombre de critères tels que la clarté, l'accessibilité ou encore la prévisibilité<sup>69</sup>. Or, dans l'affaire *Z. A. et autres*, le confinement des requérants dans la zone de transit de l'aéroport moscovite n'était fondé sur aucune base légale. Comme le souligne le juge européen, l'absence de cette dernière « suffirait en soi à justifier un constat de violation de l'article 5 § 1 de la Convention »<sup>70</sup>. A cette absence de base légale s'ajoute la constatation d'autres irrégularités, l'entrave des autorités aux démarches entreprises par les requérants pour accéder aux procédures d'asile, un lieu de détention inapproprié ou encore la durée plus qu'excessive des séjours dans une zone aéroportuaire (de cinq à vingt-et-un mois<sup>71</sup>), qui conduisent la Cour à constater la violation de l'article 5 de la Convention.

De même, dans l'affaire *Haghilo*<sup>72</sup>, la détention d'un requérant, arrêté avec un faux passeport en vue de son expulsion, au-delà des délais maximum prévus par la législation de l'État défendeur emportera logiquement la violation de la Convention en raison de l'absence de base légale du prolongement de la détention.

Les solutions retenues sous l'angle de l'article 5 s'inscrivent dans la lignée de celles relatives à la prévisibilité et à la qualité de la loi imposant des restrictions à la liberté de circulation au titre de l'article 2 du Protocole n° 4. Dans l'arrêt *De Tommaso* précité, la Cour a ainsi conclu à l'inconventionnalité d'une loi italienne de 1956 permettant les assignations à résidence et une surveillance spéciale des personnes considérées comme présentant des comportements « socialement dangereux » et a tout particulièrement soulevé le caractère vague des termes employés et le pouvoir d'appréciation trop important accordé aux juridictions italiennes.

## 2. La validité des motifs de la rétention

Les prérogatives des Etats relatives à l'entrée et au séjour des étrangers et les privations de liberté qui peuvent en découler se fondent sur le motif légitime de contrôle des flux migratoires. La poursuite d'un intérêt légitime n'est toutefois pas suffisante en soi, la rétention d'une personne devant s'accompagner des garanties adéquates imposées par l'article 5. Ainsi, lorsqu'un requérant est arrêté et mis en détention en vue de son expulsion, la privation de liberté, autorisée par l'article 5 § 1 alinéa f), se justifie tant que le processus d'éloignement du territoire

---

<sup>68</sup> CEDH, *Khlaifia*, préc., § 92

<sup>69</sup> CEDH, 24 avr. 1990, n° 11801/85, *Kruslin c/ France*, § 27, GACEDH n° 5.

<sup>70</sup> CEDH, *Z. A.*, préc., § 165.

<sup>71</sup> *Ibid*, §§ 166-169.

<sup>72</sup> CEDH, *Haghilo*, préc., § 207.

est en cours. Or, dans l'affaire *Al Husin*<sup>73</sup>, la Cour a été confrontée, pour la deuxième fois<sup>74</sup>, à la situation d'un requérant de nationalité syrienne, considéré comme présentant un danger pour la sécurité nationale. Placé dans un centre de rétention depuis 2008, son expulsion ne pouvait aboutir dans la mesure où il ne pouvait être renvoyé ni dans son pays d'origine en raison d'un risque d'y subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, ni dans un État tiers sûr, aucun Etat n'acceptant de l'accueillir. Entre 2012 (date du premier arrêt de la Cour<sup>75</sup>) et 2016 (date à laquelle le requérant a été remis en liberté après avoir atteint la période maximale de détention autorisée par le droit interne), près de 40 États interrogés avaient, en effet, refusé d'accepter le requérant sur leur sol.

Le constat de violation de l'article 5 § 1 f) retenue par la Cour est logique dans la mesure où, dans ces conditions, les motifs de rétention ne pouvaient plus passer pour valides, la probabilité d'expulsion étant devenue irréaliste. Les obligations qui pèsent sur les autorités nationales dans une situation de ce type s'avèrent, en pratique, lourdes. Elles doivent poursuivre un but légitime pour priver un étranger de sa liberté, puis s'appuyer sur des motifs valables pour prolonger sa détention tout en s'assurant que l'expulsion vers un Etat tiers sûr ait des chances d'aboutir. L'arrêt témoigne ainsi de l'impasse dans laquelle se retrouvent les autorités nationales lorsqu'elles sont confrontées à des étrangers présentant un danger pour la sécurité nationale mais non susceptibles d'être expulsés en vertu des exigences jurisprudentielles posées par la Cour elle-même.

Longtemps dans l'ombre, l'article 5 de la Convention a connu ces dernières années un essor jurisprudentiel important lié, en particulier, à la crise migratoire et à la recrudescence du terrorisme. Les arrêts rendus en 2019 concernant la situation des étrangers confirment une certaine adaptation du contrôle européen aux défis contemporains auxquels sont confrontés les Etats. L'actuelle crise sanitaire causée par l'épidémie Covid-19, qui a d'ores et déjà amené le gouvernement français, comme la plupart de ses homologues européens, à encadrer strictement la liberté de déplacement de la population<sup>76</sup>, ne sera pas le moindre de ces défis et devrait engendrer des applications inédites des dispositions conventionnelles (l'article 2 Protocole 4

---

<sup>73</sup> CEDH, *Al Husin* (n°2), préc.

<sup>74</sup> CEDH, 7 fév. 2012, n° 3727/08, *Al Husin c/ Bosnie-Herzégovine*.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

autorisant des restrictions à la liberté de circulation et l'article 5 § 1 alinéa e) permettant la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse).

### III. - LA VIDEOSURVEILLANCE DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : DES GARANTIES CONTRASTEES (Hélène Surrel)

Les évolutions technologiques ont évidemment rendu possibles de nouvelles atteintes aux droits fondamentaux, permettant des immixtions croissantes dans la vie privée des individus avec la géolocalisation, la surveillance des communications ou encore la vidéosurveillance. Aussi, la Cour européenne n'a-t-elle pas manqué d'être confrontée à la délicate question de la conciliation entre les moyens de surveillance et le droit au respect de la vie privée, qu'il s'agisse de leur utilisation par des personnes publiques ou des personnes privées.

Elle juge très tôt que le droit à la protection des données personnelles fait partie intégrante du droit au respect de la vie privée, affirmant que tant la mémorisation que la communication de pareilles données portent atteinte à ce droit<sup>77</sup> et définissant la notion de « donnée à caractère personnel » comme « toute information concernant une personne identifiée ou identifiable »<sup>78</sup>. Vigilant, le juge européen conditionne, dès lors, la compatibilité des traitements de données personnelles, sans le consentement des intéressés, à l'existence de « garanties adéquates contre les abus » et au fait qu'ils visent « à défendre un aspect primordial de l'intérêt public »<sup>79</sup>.

Dans cette perspective, il estime, dans l'arrêt *Peck c/ Royaume-Uni* du 28 janvier 2003 (n° 63737/00), que l'enregistrement, la mémorisation et la divulgation de données visuelles obtenues par vidéosurveillance de lieux publics est susceptible de relever de la « vie privée » au sens de l'article 8 de la Convention<sup>80</sup>.

Pour la Cour, « le fait de surveiller les actes d'un individu dans un lieu public en utilisant un système de prise de vues sans enregistrer de données visuelles n'entraîne pas en soi une ingérence dans la vie privée de l'individu »<sup>81</sup>, mais, ici, du fait de la divulgation de l'enregistrement, « la scène en question a été vue dans une mesure excédant largement ce qu'un passant aurait pu voir ou ce qui aurait pu être observé à des fins de sécurité », constituant, dès

---

<sup>77</sup> CEDH, 26 mars 1987, n° 9248/81, *Leander c/ Suède*, § 48.

<sup>78</sup> CEDH, 16 févr. 2000, n° 27798/95, *Amann c/ Suisse*, § 65.

<sup>79</sup> CEDH, 25 févr. 1997, n° 22009/93, *Z. c/ Finlande*, § 96 et Gde ch., 4 déc. 2008, n° 30562/04 et a., *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, §§ 103-104.

<sup>80</sup> *JCP G*, 2003, I, 160, n° 9, chron. F. SUDRE.

<sup>81</sup> Aussi CEDH, 17 juill. 2003, n° 63737/00, *Perry c/ Royaume-Uni*, § 40.

lors, « une ingérence grave » dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (§ 59 et § 63). Il est vrai que le droit à la protection de l'image doit généralement impliquer « la possibilité pour l'individu de refuser la diffusion de son image » mais aussi le droit de « s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui » (CEDH, Gde ch., 17 octobre 2019, 1874/13 et a., *Lopez Ribalda et a. c/ Espagne*, § 89). Et l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée peut aussi être constatée même si les intéressés ont été informés de la vidéosurveillance, comme, dans l'affaire *Antovic et Mirkovic c/ Monténégro*, relative à un système de vidéosurveillance dans les amphithéâtres d'une université (28 novembre 2017, n° 70838/13, § 45).

De manière analogue, la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'un système de vidéosurveillance par caméra, installé dans les parties communes d'un immeuble à usage d'habitation, doit être qualifié de traitement de données à caractère personnel automatisé au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, lorsque le dispositif en cause permet d'enregistrer et de stocker des données à caractère personnel telles des images permettant d'identifier des personnes physiques<sup>82</sup>.

Si, pour le juge de Strasbourg, le recours à la vidéosurveillance n'est donc pas, en soi, contraire à la Convention européenne, il doit être assorti de garanties et être proportionné, ce dont attestent les arrêts rendus en 2019, qui précisent sa jurisprudence encore peu abondante. Son approche paraît, toutefois, assez contrastée. S'il est, en effet, particulièrement vigilant s'agissant des garanties contre l'arbitraire dont doivent bénéficier les individus placés sous vidéosurveillance par des autorités publiques (A.), son appréciation du respect du principe de proportionnalité paraît peu protectrice du droit au respect de la vie privée des salariés placés sous vidéosurveillance par leur employeur (B.).

## **A - Le placement d'individus sous vidéosurveillance par des autorités publiques**

Confronté, en 2019, au recours à la vidéosurveillance par l'administration pénitentiaire et par des services de police, le juge européen vérifie l'existence des nécessaires garanties contre les abus soit l'existence d'une base légale et d'un recours effectif.

Rappelant, dans les arrêts *Gorlov et a. c/ Russie* (2 juillet 2019, n° 27057/06 et a.) et *Izmestyev c/ Russie* (27 août 2019, n° 74141/10), que les personnes détenues continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la

---

<sup>82</sup> CJUE, 11 déc. 2019, *TK*, aff. C-708/18, pts 34-35. Aussi CJUE, 11 déc. 2014, *Ryneš*, aff. C-212/13, pt 25.

liberté<sup>83</sup>, la Cour souligne d'emblée que le placement de détenus sous vidéosurveillance permanente, au moyen de caméras de télévision en circuit fermé installées dans les cellules, entraîne « une limitation considérable » dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (§ 82 et § 121) puis examine si l'ingérence était bien prévue par la loi au sens de l'article 8 § 2 de la Convention, ce qui implique non seulement l'existence d'une base légale mais aussi que la « loi » soit accessible, précise et prévisible dans ses conséquences. La Cour tient compte, dès lors, de l'ensemble des circonstances de la cause, de la nature, la portée et la durée des mesures en jeu, des motifs les justifiant, des autorités compétentes pour les autoriser et les mettre en œuvre et de l'existence d'un recours permettant de les contester.

Dans l'affaire *Gorlov et a.*, le droit russe - le code de l'exécution des peines et une loi sur la détention provisoire - prévoyait l'obligation d'installer un dispositif de vidéosurveillance dans les cellules, la surveillance permanente des détenus faisant partie intégrante du dispositif de sécurité dans les établissements pénitentiaires. Mais aucun de ces actes ne précisait notamment quelles parties des établissements pouvaient être surveillées de même que les conditions ou la durée de la surveillance. La seule obligation de l'administration pénitentiaire, prévue par le code de l'exécution des peines, était d'en informer les détenus et de leur faire signer un document en attestant.

Concernant les détenus condamnés, la disposition pertinente du code de l'exécution des peines n'indiquait ni si l'obtention de ces informations se limitait à la surveillance par les caméras de vidéosurveillance, ni si elles étaient enregistrées et conservées, et, dans l'affirmative, quelles étaient les garanties et règles applicables relatives à leur collecte, la durée de leur conservation, les conditions de leur utilisation mais aussi de leur destruction. Il était seulement prévu, par un acte du ministère de la Justice, que les enregistrements pouvaient être conservés durant une période de trente jours.

Et alors que le code de l'exécution des peines renvoyait à des dispositions réglementaires notamment pour la fixation de la procédure applicable, la Cour constate que celles-ci contenaient uniquement des spécifications techniques sur les systèmes de contrôle et une liste des moyens de surveillance utilisables, ne constituant pas, dès lors, une base légale pour les mesures en cause (§ 90).

Les juridictions nationales s'étaient, par ailleurs, référées à un acte du ministère de la Justice, concernant les établissements dédiés à la détention provisoire mais, à usage uniquement interne,

---

<sup>83</sup> CEDH, Gde. ch., 6 oct. 2005, n° 74025/01, *Hirst c/ Royaume-Uni* (n° 2), § 69 ; *Gorlov et a.*, § 81, *Izmestyev*, § 120. Sur la vidéosurveillance, CEDH, 6 déc. 2016, n° 43545/13, *Vasilică Mocanu c/ Roumanie*, § 36.

il n'était pas accessible au public et, comme l'avait relevé la Cour suprême, n'établissait pas de procédure pour le recours à la vidéosurveillance.

L'Etat défendeur prenant appui sur la décision *Van der Graaf c/ Pays-Bas* (n° 8704/03, 1er juin 2004), dans laquelle la Cour avait jugé la mise sous vidéosurveillance permanente de l'intéressée pendant quatre mois et demi compatible avec l'article 8 de la Convention, la Cour met l'accent sur ce qui différencie les deux affaires, le régime particulier de détention auquel était soumise la requérante, l'existence d'une réglementation détaillée, le fait que la mise sous vidéosurveillance avait fait l'objet d'une décision individuelle fondée sur sa tendance suicidaire, attestée par des pièces médicales, et était limitée à une durée de deux semaines. Or, en l'espèce, le placement sous vidéosurveillance n'avait pas fait l'objet de décisions individuelles. Sa durée était illimitée et aucun réexamen périodique de sa pertinence n'était prévu. Et le juge européen de relever que la Cour suprême avait jugé qu'il n'existait pas d'obligation d'adopter des décisions individualisées.

Dès lors, la qualité de la « loi » fait, ici, défaut puisque le droit russe n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités, lesquelles disposent d'un pouvoir illimité (§ 97). Et s'il peut être nécessaire de surveiller certaines zones des établissements pénitentiaires ou certains détenus de manière permanente, le cadre juridique russe n'offre donc pas une protection appropriée contre l'ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée., ce que la Cour constate aussi dans l'arrêt *Izmestyev*.

Dans l'affaire *Gorlov et a.*, deux des requérants alléguaient également une violation de l'article 13 de la Convention en raison de l'absence d'un recours effectif leur permettant d'exposer leurs griefs de violation de l'article 8 et de leur offrir un redressement approprié. Or, alors que l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée commande une mise en balance des droits et intérêts en cause et un contrôle judiciaire de sa nécessité dans une société démocratique, tel n'était pas le cas au regard de l'interprétation du droit applicable par les juridictions russes, dont la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. Ces dernières considéraient, en effet, que la vidéosurveillance permanente des détenus était inhérente à leur peine d'emprisonnement, constituant un mécanisme garantissant la sécurité des personnels et le respect par les détenus de leurs obligations.

Par ailleurs, déjà confrontée dans l'affaire précitée *Perry c/ Royaume-Uni*, au cas d'une personne qui avait été filmée, à son insu, par la police à des fins d'identification, l'enregistrement vidéo ayant ensuite été utilisé dans le cadre de son procès, la Cour se montre

pareillement attentive à l'existence de garanties effectives lorsqu'est en cause l'action des services de police dans l'arrêt *Hambardzumyan c/ Arménie* (43478/11, 5 décembre 2019).

Se trouvait en cause, en l'espèce, la compatibilité avec l'article 8 de la Convention du mandat autorisant la police à placer la requérante sous surveillance secrète en interceptant ses conversations téléphoniques mais aussi en la filmant.

Ici, le juge européen fait un double constat. D'une part, il pointe les termes vagues du mandat autorisant la mesure de surveillance, qui laissaient place à la spéculation en ne permettant pas de savoir quelle personne était visée par la mesure, et juge cette imprécision inacceptable au regard de la gravité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée (§ 65). D'autre part, alors que le code pénal comportait une liste exhaustive des mesures susceptibles d'être utilisées et exigeait que les mandats indiquent celles autorisées, cette liste ne comprenait, toutefois, pas le recours à des enregistrements audio et vidéo. Partant, la mesure de surveillance en jeu n'avait pas fait l'objet d'un contrôle judiciaire adéquat et n'était pas « prévue par la loi » au sens de l'article 8 § 2 de la Convention<sup>84</sup>.

## **B. – Le recours à la vidéosurveillance par des personnes privées**

L'intensité du contrôle des traitements de données personnelles varie au regard de leur nature plus ou moins sensible, les « données intimes ou liées étroitement » à l'intimité d'une personne faisant l'objet d'une protection renforcée<sup>85</sup>, mais aussi en fonction du cadre dans lequel le traitement en jeu prend place. Or, on le sait, lorsqu'une atteinte à un droit conventionnel concerne le lieu de travail et des relations horizontales, les Etats parties se voient reconnaître une assez large marge d'appréciation pour procéder à la mise en balance d'intérêts privés (CEDH, Gde ch., *Palomo Sanchez et a. c/ Espagne*, 12 septembre 2011, n° 28955/06 et a.). Il est vrai qu'en présence d'un conflit de droits horizontal, la Cour se place logiquement sur le terrain des obligations positives et non des ingérences, vérifiant donc si l'Etat partie a pris les mesures positives nécessaires pour garantir le respect effectif du droit concerné.

Se trouvait en cause, dans l'affaire *Lopez Ribalda et a. c/ Espagne* (préc.), le licenciement, confirmé par les juridictions nationales, de caissières d'un supermarché, qui avait été rendu possible par le recours à la vidéosurveillance sur leur lieu de travail, justifié par des soupçons de vol à leur encontre. Les requérantes alléguaient, dès lors, une violation de l'article 8 de la

---

<sup>84</sup> Le Conseil constitutionnel est pareillement attentif à l'existence de garanties appropriées, Cons. const. déc. n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, cons. 2-13 et déc. n° 2010-604 DC, 25 févr. 2010 cons. 19-23.

<sup>85</sup> CEDH, 22 déc. 2015, n° 28601/11, *G.S.B. c/ Suisse*, § 93, données bancaires ne bénéficiant pas d'une protection accrue.

CEDH. Après avoir jugé ce dernier applicable, la Grande chambre adopte, non sans susciter des interrogations quant au niveau de protection garanti sur le lieu de travail, une position particulièrement compréhensive à l'égard de l'Etat partie.

On le sait, l'article 8 entre en jeu en présence de la « vie privée sociale », « une zone d'interaction entre l'individu et autrui » pouvant, « même dans un contexte public », relever de la vie privée » (arrêt *Perry*, préc., § 36). Dès lors, le droit du salarié au respect de sa vie privée sur le lieu de travail est garanti (*Copland c/ Royaume-Uni*, 3 avril 2007, n° 62617/00)<sup>86</sup>. Et, à cet égard, la Cour rappelle, avec fermeté, dans l'arrêt *Barbulescu c/ Roumanie* que « les instructions d'un employeur ne peuvent pas réduire à néant l'exercice de la vie privée sociale sur le lieu de travail » (Gde. ch., 5 septembre 2017, n° 61496/08, § 80, salarié licencié pour avoir envoyé des messages privés sur un compte Yahoo Messenger de son entreprise).

En présence d'un « individu ciblé par la mesure de surveillance » ou si des données personnelles ont été traitées « d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre », l'article 8 est jugé applicable (§ 90). C'est le cas pour le placement sous vidéosurveillance, à son insu, d'une caissière de supermarché (déc. *Köpke c/ Allemagne*, 5 oct. 2010, n° 420/07) ou du placement sous vidéosurveillance, dont ils avaient connaissance, d'universitaires (*Antovic et Mirkovic*, préc.).

Dans l'affaire *Lopez Ribalda et a.*, les requérantes « n'étaient pas individuellement ciblées par la vidéosurveillance » mais celles qui travaillaient aux caisses avaient été filmées durant toute leur journée de travail, alors que d'autres l'avaient été seulement au moment où elles y passaient (§ 92). Or, dans la mesure où elles avaient été informées, conformément au droit national, de l'installation de caméras visibles dirigées vers les entrées et sorties du magasin, « elles pouvaient raisonnablement s'attendre à ne pas faire l'objet d'une vidéosurveillance dans les autres espaces du magasin sans en avoir été préalablement informées » (§ 93). L'article 8 est donc bien applicable.

S'il existait, ici, un cadre normatif, les Etats parties ne sont, toutefois, pas contraints d'adopter une législation spécifique sur la vidéosurveillance sur le lieu de travail, mais l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée doit être proportionnée et s'accompagner de garanties adéquates et suffisantes contre les abus (§ 114, *Köpke*, préc.).

Transposant la grille d'analyse de l'arrêt *Barbulescu* (préc.), qui doit être appliquée « en tenant compte de la spécificité des relations de travail » et du caractère de plus en plus intrusif des mesures de surveillance, la Cour procède, dès lors, en se plaçant sur le terrain des obligations

---

<sup>86</sup> Au visa de l'article 8, la Cour de cassation a une position identique (Soc., 2 oct. 2001, *Nikon*, n° 99-42.942).



positives, à la mise en balance entre le droit fondamental des requérantes et la faculté pour leur employeur d'assurer le bon fonctionnement de son entreprise. Cinq éléments, qui doivent pouvoir être contrôlés par un juge, sont pris en compte : l'existence d'une information préalable et claire de l'employé sur la nature de la surveillance, l'étendue de celle-ci, les motifs avancés par l'employeur, la possibilité de prévoir des mesures moins intrusives et les conséquences de la surveillance pour l'employé (§ 116 et *Barbulescu*, § 121).

Mais, d'emblée, la Cour adopte une approche peu protectrice lorsqu'elle apprécie l'ampleur de l'ingérence, établissant une distinction entre les lieux susceptibles d'être concernés. Ainsi l'attente du salarié en matière de protection de la vie privée est « très importante dans les endroits relevant de l'intimité », « forte dans les espaces de travail fermés », comme les bureaux, mais « est manifestement réduite dans les endroits visibles ou accessibles aux collègues ou (...) à un large public » (§ 125). La durée de la surveillance - dix jours - « n'est pas, en soi, excessive » et seuls trois membres de l'entreprise avaient visionné les enregistrements avant que les requérantes n'en soient informées. Dès lors, l'intrusion dans la vie privée « ne revêtait pas un degré de gravité élevé » (§ 126).

Par ailleurs, si les conséquences de la vidéosurveillance ont été importantes puisque les requérantes ont été licenciées sur la base des enregistrements, ces derniers n'ont pas été utilisés à d'autres fins que celle d'identifier et de sanctionner les responsables des vols.

Ensuite, le contrôle de la nécessité de l'atteinte se limite à endosser l'appréciation des juridictions nationales, qui avaient estimé qu'il n'existait pas de mesures moins intrusives pour atteindre l'objectif visé, tout en regrettant que ces dernières n'aient pas réalisé un contrôle plus approfondi. Et la Cour de souligner que l'ampleur des pertes constatées par l'employeur pouvant laisser penser que les vols étaient le fait de plusieurs personnes, informer l'un des membres du personnel aurait pu compromettre le but de la vidéosurveillance.

Enfin, alors que l'un des critères établis dans l'arrêt *Barbulescu* est l'existence d'une information préalable et claire de l'employé et que la loi espagnole sur la protection des données personnelles, de même que les normes internationales et européennes pertinentes, l'exigeaient également, le juge européen estime, sans convaincre, que l'information donnée aux personnes surveillées n'est « que l'un des critères à prendre en compte pour apprécier la proportionnalité d'une telle mesure » (§ 131). Considérant ensuite que « seul un impératif prépondérant relatif à la protection d'intérêts publics ou privés importants » peut, cependant, justifier pareille absence, il juge que « l'existence de soupçons raisonnables que des irrégularités graves avaient été commises et l'ampleur des manques constatés (...) peuvent apparaître comme des justifications

sérieuses » d'autant que les intéressées disposaient de voies de recours pour faire sanctionner la violation de la loi (§§ 133-134)<sup>87</sup>.

Pareille solution contraste avec le contrôle exigeant effectué dans l'arrêt *Barbulescu*, qui, il est vrai, avait été rendu par la Grande chambre à une majorité très serrée.

#### IV- LES ENSEIGNEMENTS DU PREMIER AVIS CONSULTATIF RENDU PAR LA COUR EUROPEENNE EN MATIERE DE GPA (David Szymczak)

Le 10 avril 2019, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu son premier avis consultatif « *relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention* ». Pour l'occasion, elle répondait à une demande d'avis formulée le 5 octobre 2018 par la Cour de cassation française<sup>88</sup>, demande qui constituait la première utilisation de la nouvelle procédure consultative prévue par le Protocole n°16, entré en vigueur deux mois plus tôt, le 1<sup>er</sup> août 2018<sup>89</sup>. Cette demande d'avis s'inscrivait dans le contexte de la célèbre affaire *Mennesson*, qui avait fait l'objet d'un précédent contentieux devant la Cour de Strasbourg. Pour mémoire, il y a près de vingt ans, Mme Mennesson s'était rendue aux Etats-Unis avec son époux afin d'y conclure une convention de gestation pour autrui (GPA). Des embryons furent conçus par fécondation *in vitro* avec les spermatozoïdes de l'époux et des ovocytes donnés par une amie du couple. En 2000, une mère porteuse donna naissance à des jumelles et un jugement de la Cour suprême de Californie désigna les époux Mennesson comme parents des enfants. De retour en France, ils se heurtèrent au refus de la Cour de cassation de transcrire les actes de naissance étrangers de leurs enfants sur les registres de l'état civil français. Un refus justifié par le fait qu'en droit français toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de l'article 16-7 du Code civil et que l'acte étranger était en contrariété avec la conception française de l'ordre public international<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Sur l'application de l'article L. 1222-4 du code du travail, voy. Cass., soc., 20 sept. 2018, n° 16-26482.

<sup>88</sup> Cass. (Ass. Plén.), 5 oct. 2018, n° 10-19.053 ; *JCP G*, 2018, n° 46, p. 1190, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

<sup>89</sup> Voy. F. Sudre, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 – Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G*, 2018, n° 17, p. 473 ; et C. Gauthier, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements », *RTDH*, 2019, n°117, p. 43.

<sup>90</sup> Cass. (Civ. 1<sup>ère</sup>), 6 avr. 2011, n° 10-19.053 confirmant Cass. (Civ. 1<sup>ère</sup>), 17 déc. 2008, n° 07-20.468.

Saisie à son tour, la Cour européenne condamna la France par un arrêt rendu le 26 juin 2014<sup>91</sup>, au motif que le refus de transcription en droit français de l'acte de naissance des enfants nés d'un processus de GPA à l'étranger affectait significativement leur droit au respect de leur vie privée. Elle ajouta que son analyse prenait un relief particulier lorsque l'un des parents d'intention était, comme en l'espèce, le géniteur de l'enfant. Cette condamnation a rapidement conduit la Cour de cassation à faire évoluer sa jurisprudence et à admettre que la filiation paternelle d'un enfant né par GPA à l'étranger soit transcrite à l'état civil<sup>92</sup>, la filiation maternelle restant celle de la mère porteuse. Plus précisément encore, les autorités françaises acceptent depuis lors de valider la transcription à l'état civil de la reconnaissance de l'enfant issu d'une GPA par le père biologique, ainsi que l'adoption de cet enfant par le parent d'intention qui n'est pas son géniteur<sup>93</sup>. La condamnation de la France – et l'évolution consécutive de la jurisprudence judiciaire – avait toutefois laissé les époux Mennesson face à une double difficulté. D'une part, l'autorité de la chose jugée les empêchait de ressaisir le juge français en vue de « corriger » le refus de reconnaître la paternité de M. Mennesson. D'autre part, la reconnaissance de la maternité de Mme Mennesson était restée « en suspens », la Cour n'ayant pas eu l'occasion de trancher explicitement la question de la maternité d'intention. La première difficulté a pu être surmontée grâce à l'adoption de la loi du 16 novembre 2016<sup>94</sup> qui, sous certaines conditions<sup>95</sup>, autorise le réexamen d'une décision civile consécutivement à une condamnation de la Cour de Strasbourg. Cette nouvelle procédure a donc été mise à profit par la famille Mennesson, qui a saisi la Cour de cassation en vue de solliciter le réexamen de son affaire. La seconde difficulté a précisément été celle qui a incité la Cour de cassation à inaugurer la nouvelle procédure consultative devant la Cour de Strasbourg.

L'avis rendu le 10 avril 2019 était donc particulièrement attendu. Non seulement parce qu'il concernait une question – la GPA – aussi sensible que controversée. Mais aussi parce que la réponse de la Cour avait vocation à renseigner sur la façon dont elle concevait sa compétence consultative. Enfin, l'avis a rapidement connu des suites, tant en droit européen que français. Dès lors, il apparaît utile de l'analyser à travers trois séries d'enseignements : quant aux

---

<sup>91</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c. France*.

<sup>92</sup> Cass. (Ass. Plén.), 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323.

<sup>93</sup> Voy. Cass. (Civ.1<sup>ère</sup>), 5 juill. 2017, n° 15-28.597.

<sup>94</sup> Loi n° 2016-1547 du 16 nov. 2016 dite de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle.

<sup>95</sup> Cinq conditions entourent le réexamen en matière civile : le demandeur doit avoir été partie à l'instance et avoir un intérêt à agir, la décision doit porter sur l'état des personnes, la décision doit être définitive, elle doit avoir occasionné une condamnation par la Cour de Strasbourg et enfin, la demande de réexamen doit être formulée dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour de Strasbourg.

réponses apportées à la Cour de cassation (A.), quant aux suites qu'a connues l'avis (B.) et du point de vue de la procédure consultative elle-même (C.).

### ***A. Les enseignements quant aux réponses apportées à la Cour de cassation***

La demande d'avis s'articulait autour de deux questions. En premier lieu, la Cour de cassation souhaitait savoir si le droit français violait l'article 8 en refusant de transcrire à l'état civil la filiation à l'égard de la mère d'intention et s'il convenait de distinguer selon que l'enfant avait ou non été conçu avec ses gamètes. En second lieu, et dans l'affirmative, cette filiation pouvait-elle être établie par la voie d'une adoption ? Dans un souci de clarté, la Cour de Strasbourg va en partie s'éloigner des questions posées par le juge *a quo*, préférant les reformuler autour de la question de la reconnaissance du lien de filiation et de ses modalités. Ce qui lui donne l'occasion de répondre que la possibilité d'une reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né par GPA avec sa mère d'intention constitue désormais un impératif conventionnel (1.) mais qu'elle ne représente qu'une simple obligation de résultat (2.).

1. S'agissant du principe de la reconnaissance du lien de filiation, la Cour dégage une nouvelle obligation positive à la charge des Etats : offrir une possibilité réelle de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant né par GPA et la mère d'intention. Pour ce faire, elle explicite tour à tour les deux facteurs décisifs de son raisonnement : l'intérêt supérieur de l'enfant et l'étendue de la marge d'appréciation à laisser aux États parties.

Du premier point de vue, la Cour rappelle un principe essentiel de sa jurisprudence en la matière : à chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de ce dernier doit primer. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Mennesson*, tout en estimant « concevable qu'un Etat puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire », elle avait néanmoins condamné la France. A cet égard, elle avait relevé que les effets de la non-reconnaissance du lien de filiation ne se limitaient pas à la situation des parents d'intention mais portaient aussi sur celle des enfants, dont le droit à la vie privée était significativement affecté. S'agissant plus spécifiquement de l'absence de reconnaissance du lien de filiation avec la mère d'intention, question non encore tranchée, la Cour estime qu'elle a des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée. De façon générale, « elle défavorise l'enfant en le plaçant dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société » (§ 40). En

particulier, il y a un risque qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention. En outre, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention, ses droits successoraux pourront être réduits, il se trouvera fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention et enfin, il ne sera pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge.

Du second point de vue, la Cour choisit de réduire la marge d'appréciation des Etats, nonobstant la sensibilité de la question et l'absence de consensus européen en la matière. Alors que ces deux critères plaident habituellement en faveur d'un élargissement de la marge, la Cour juge « que, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu, comme lorsque l'on touche à la filiation, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte ». En définitive, les exigences tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant conjuguées à la réduction de la marge conduisent la Cour à répondre au juge français que « le droit au respect de la vie privée d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la 'mère d'intention', désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la 'mère légale' ». En comparaison de sa jurisprudence antérieure qui, dans le cas d'une GPA pratiquée « en fraude à la loi du for », valorisait le lien biologique<sup>96</sup>, « la Cour procède à un infléchissement manifeste [...] puisqu'elle ne 'relègue plus dans l'illégalité' la mère d'intention et admet désormais que l'absence de lien biologique ne fait pas obstacle à l'établissement du lien de filiation »<sup>97</sup>.

2. S'agissant en revanche des modalités de la reconnaissance, la Cour prend l'exact contrepied de la démarche précédente en vue de valoriser cette fois la marge d'appréciation des Etats. Tout en admettant « qu'il est dans l'intérêt de l'enfant [...] que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible », elle indique « qu'on ne saurait en déduire que les États parties soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger ». Selon elle, deux raisons militent pour un relâchement de son contrôle : d'une part, l'absence de consensus

---

<sup>96</sup> Voy. par exemple CEDH, Gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.

<sup>97</sup> F. Sudre et A. Gouttenoire, « L'avis constructif de la Cour EDH à propos de la maternité d'intention », *JCP G.*, 2019, n° 20, p. 551.

européen<sup>98</sup> qui, pour l'occasion, remplit pleinement sa fonction d'élargissement de la marge et, d'autre part, le fait que « l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit non du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin ». En conséquence, la Cour estime « que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États ». Partant, la reconnaissance peut avoir lieu par le biais d'une adoption de l'enfant né par GPA par la mère d'intention, à condition que cette modalité alternative à la transcription réponde dans sa mise en œuvre à un double impératif de célérité et d'effectivité. Impératif que la Cour se contente toutefois d'énoncer, sans juger en l'espèce si le droit français de l'adoption y répond, estimant qu'un tel examen sort du cadre de la procédure consultative. En définitive, la réponse fournie par la Cour de Strasbourg valide donc très largement l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis la condamnation dans l'arrêt *Mennesson*.

### ***B. Les enseignements quant aux suites de l'avis consultatif***

1. Rapidement, l'avis d'avril 2019 a connu des prolongements assez significatifs. Au niveau européen tout d'abord, une décision d'irrecevabilité du 19 novembre 2019, *C. et E. c/ France*<sup>99</sup>, a donné l'occasion à la Cour de Strasbourg, dans sa fonction contentieuse, de tirer les conséquences de son propre avis en admettant la conventionnalité du droit français en matière de GPA. Saisie de requêtes portant sur des situations identiques à celle qui avait donné lieu à l'affaire *Mennesson* (et donc à l'avis consultatif), la Cour a jugé que les griefs des requérants étaient manifestement mal fondés. Dès le début de sa décision, elle se réfère à l'avis, confirmant ainsi qu'il pouvait être mobilisé dans des affaires contentieuses ultérieures. Constatant ensuite que les requérants pouvaient désormais bénéficier, en droit français, d'une reconnaissance de la filiation par le biais d'une adoption de l'enfant né à la suite d'une GPA par la mère d'intention, la Cour se penche sur l'effectivité de cette adoption *in concreto* et estime qu'elle est avérée en l'espèce. Outre que la durée moyenne d'un jugement d'adoption oscille entre 4,1 et 4,7 mois selon qu'elle est simple ou plénière, la Cour rappelle qu'elle n'exige pas que le lien de filiation soit établi *ab initio*. En ce sens, le fait que la procédure d'adoption n'ait été possible qu'en 2017, alors que les enfants avaient 3 et 7 ans répond aux critères, en définitive assez peu

---

<sup>98</sup> Comme le montre l'analyse de droit comparé effectuée au § 24, « lorsque l'établissement ou la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention est possible, leurs modalités varient d'un État à l'autre ».

<sup>99</sup> CEDH, déc. 19 nov. 2019, *C. c. France et E. c/ France*, n°s 1462/18 et 17348/18.

exigeants, d'effectivité et de célérité. La requête est donc déclarée irrecevable et le motif retenu (le défaut manifeste de fondement) laisse clairement entendre que le droit français est désormais conforme aux exigences conventionnelles en matière de GPA. Dans cette même décision d'irrecevabilité, un second grief plus inédit se trouve également évacué : celui tenant à l'existence d'une discrimination dans le droit à la vie privée selon qu'un enfant, né à l'étranger, est ou non issu d'une GPA. Après avoir admis « du bout des lèvres » que les situations pouvaient être considérées comme comparables<sup>100</sup>, la Cour juge sommairement que la distinction de traitement était justifiée de manière objective et raisonnable par la France, ce d'autant plus que la distinction de traitement ne portait pas sur la possibilité même d'une reconnaissance de filiation mais uniquement sur ses modalités<sup>101</sup>.

2. Sur un plan interne ensuite, la Cour de cassation a, dans un premier temps, rendu un arrêt d'assemblée plénière, le 4 octobre 2019<sup>102</sup>, se conformant strictement à l'avis de la Cour de Strasbourg et montrant de la sorte qu'elle le considérait comme revêtu de l'autorité de chose interprétée. Elle ne s'est cependant pas arrêtée là, choisissant dans un second temps de déborder sensiblement la portée de l'avis. Dans deux arrêts du 18 décembre 2019<sup>103</sup>, la première chambre civile semble en effet avoir fait de la transcription à l'état civil le mode de reconnaissance « de principe » du lien de filiation entre un enfant né par GPA et son parent d'intention, l'étendant pour l'occasion à l'hypothèse où une GPA concernait des couples homosexuels et où le refus de transcription était opposé au père d'intention qui n'était pas le père biologique. Un tel débordement de la portée de l'avis s'explique par la volonté affichée de la Cour de cassation d'unifier le traitement des situations des couples hétérosexuels et homosexuels en vue de prévenir les risques de discriminations. Comparé à la décision *C. et E.* (préc.) qui, on l'a vu, avait évacué le grief tenant à l'existence d'une discrimination, la jurisprudence de la Cour de cassation apparaît donc désormais à la fois plus audacieuse et plus protectrice que le standard européen. Quoiqu'il en soit, l'ensemble des développements postérieurs à l'avis tendent à démontrer que ce dernier a bien une portée *erga omnes* et autorise à penser qu'il pourra s'appliquer à l'avenir dans des contentieux concernant d'autres Etats parties, en particulier s'agissant de condamner ceux qui excluraient encore toute possibilité de reconnaissance juridique du lien de filiation avec la mère d'intention.

---

<sup>100</sup> Ce que révèle la formulation « à supposer qu'on puisse considérer que les enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants nés à l'étranger se trouvent dans des situations analogues ou comparables quant au lien de filiation maternelle... ».

<sup>101</sup> Pour une analyse plus détaillée, voy. A. Gouttenoire et F. Sudre, « GPA et maternité d'intention : fin de partie... à Strasbourg », *JCP G*, n° 4, 27 janv. 2020, p. 184.

<sup>102</sup> Cass. (Ass. Plén.), 4 oct. 2019, n° 10-19.053.

<sup>103</sup> Cass. (Civ. 1<sup>ère</sup>), 18 déc. 2019, n° 18-12.327 et 18-11.815.

### *C. Les enseignements quant à la nouvelle procédure consultative*

1. Enfin, l'avis d'avril 2019 présente l'intérêt non négligeable de fournir incidemment de précieuses indications sur les « contours » de la nouvelle compétence consultative devant la Cour de Strasbourg<sup>104</sup>. S'agissant tout d'abord du déroulement de la procédure, la Cour montre non seulement aux Etats parties qu'elle est capable de répondre aux hautes juridictions qui l'ont sollicitée dans un délai plus que raisonnable (moins de 6 mois en l'espèce)<sup>105</sup>, mais aussi que cette célérité ne nuira pas forcément à la qualité rédactionnelle de ses avis, celui-ci sous commentaire se révélant clair, concis et solidement motivé. Plus avant, elle cherche aussi à rassurer les Etats en optant pour une approche relativement souple des conditions de « recevabilité » des demandes d'avis<sup>106</sup> et résolument ouverte de son office, la France ayant été largement associée à la procédure et plusieurs *amicus curiae* ayant eu l'occasion d'intervenir lors de la procédure, conformément à ce que prévoit l'article 3 du Protocole n°16.

(2) S'agissant ensuite de la façon dont la Cour conçoit sa nouvelle compétence consultative, l'avis laisse apparaître une double démarche de limitation et d'objectivisation. Limitation tout d'abord puisque, dans une partie intitulée « considérations préliminaires », elle prend soin de circonscrire précisément l'objet du litige interne afin de ne pas statuer *ultra petita*<sup>107</sup>. Ce qui semble doublement rassurant pour les juridictions internes. D'une part, parce qu'il leur garantit d'obtenir une réponse opérationnelle limitée à ce qui est strictement nécessaire pour trancher le litige interne. Et, d'autre part, parce qu'il leur permet de « maîtriser » les effets de l'avis sollicité et d'éviter que la réponse de la Cour n'occasionne, pour le droit interne, des conséquences plus contraignantes que celles escomptées, au risque de décourager les hautes juridictions internes d'user à l'avenir de la procédure. Une démarche d'objectivisation ensuite qui transparait dans le fait que la Cour donne un titre à l'avis, qu'elle accepte de reformuler les questions de la Cour de cassation et enfin que, dans ses réponses, elle

---

<sup>104</sup> Pour une analyse plus complète, voy. D. Szymczak, « Répondre et rassurer : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2019, n° 120, p. 955.

<sup>105</sup> La question restant de savoir si ce rythme pourra être tenu en cas d'afflux de demandes d'avis.

<sup>106</sup> Pour rappel, un collège de 5 juges examine au titre de la recevabilité si la demande a été formulée à l'occasion d'une affaire pendante devant la juridiction qui soulève la question et s'il s'agit d'une question de principe portant sur l'application ou l'interprétation de la Convention. En l'espèce, une partie de la doctrine considérait toutefois qu'il s'agissait surtout pour la Cour de cassation de demander à la Cour de Strasbourg comment exécuter l'arrêt *Mennesson*, alors que la procédure consultative n'était *a priori* pas faite pour cela.

<sup>107</sup> Elle insiste ainsi sur le fait que le litige interne concerne une GPA avec des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse. Il ne concerne pas le cas où l'enfant né d'une GPA est issu des gamètes de la mère d'intention, ni celui où il y a eu procréation pour autrui, c'est-à-dire où l'enfant est issu des gamètes de la mère porteuse. *A fortiori*, la Cour rappelle que son avis ne portera ni sur le droit au respect de la vie familiale des enfants ou des parents d'intention, ni sur le droit au respect de la vie privée des parents d'intention.



ne fasse plus mention de la situation spécifique des époux Mennesson, préférant « généraliser l’avis » de façon à fournir une solution de principe aux juridictions nationales confrontées à des cas similaires. Enfin et peut-être surtout, l’avis sera vraisemblablement de nature à rassurer les juridictions nationales (et les Etats parties, qu’ils aient ou non ratifié le Protocole n° 16) en raison de la place centrale accordée à la subsidiarité et à la marge d’appréciation. De ce point de vue et même si ces premiers constats « méthodologiques » appellent confirmation<sup>108</sup>, il semble possible d’affirmer qu’il n’y a pas de rupture entre la fonction consultative et la fonction contentieuse de la Cour. Mais aussi, plus généralement, que l’avis du 10 avril 2019 constitue indubitablement une première réussite.

---

<sup>108</sup> Laquelle pourrait intervenir prochainement puisque la Cour a été saisie, le 2 septembre 2019, d’une deuxième demande d’avis formulée par la Cour constitutionnelle d’Arménie. Cette demande, acceptée le 7 octobre 2019, porte sur la conformité à l’article 7 de la Convention (légalité des délits et des peines) de l’article 300.1 du Code pénal arménien qui pénalise le renversement de l’ordre constitutionnel.