



**HAL**  
open science

## Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2021)

Laure Laganier Milano, Hélène Surrel, Katarzyna Blay-Grabarczyk, Fabien Marchadier

### ► To cite this version:

Laure Laganier Milano, Hélène Surrel, Katarzyna Blay-Grabarczyk, Fabien Marchadier. Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2021). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2022, 3, pp.889, Id : RDP2022-3-008. hal-04126439

**HAL Id: hal-04126439**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04126439v1>**

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 *Revue de droit public*, 2022, pp. 889 et ss.**

**CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE**

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2021)

Sous la direction de Laure MILANO et Hélène SURREL

Avec la collaboration de

Katarzyna BLAY-GRABARCZYK et Fabien MARCHADIER<sup>1</sup>

**SOMMAIRE**

**I. L'OBLIGATION DE PROTEGER LES VICTIMES DE LA TRAITE ET DE L'ESCLAVAGE**

**II. LA MISE AU PAS DE LA JUSTICE EN POLOGNE, UNE PREOCCUPATION MAJEURE POUR LES JURIDICTIONS EUROPEENNES**

**III. L'IMPOSSIBLE EQUILIBRE ENTRE LA SECURITE NATIONALE ET LA SURVEILLANCE DE MASSE**

---

<sup>1</sup> Laure Milano, Professeur, Université de Montpellier (IDEDH), Hélène Surrel, Professeur, Sciences Po Lyon (EDIEC-CEE), Katarzyna Blay-Grabarczyk, Maître de conférences-HDR, Université de Montpellier (IDEDH), Fabien Marchadier, Professeur, Université de Poitiers (ERDP).

# I. L'OBLIGATION DE PROTEGER LES VICTIMES DE LA TRAITE ET DE L'ESCLAVAGE

(FABIEN MARCHADIER)

La jurisprudence *Siliadin*<sup>2</sup> a ranimé l'article 4 CEDH qui, jusqu'alors, semblait frappé d'obsolescence<sup>3</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme mettait alors en lumière les défaillances des systèmes juridiques nationaux à sanctionner des pratiques qui ont disparu seulement en tant qu'institution (du moins en Europe). Cette affaire révélait la persistance de l'esclavage domestique, une forme d'exploitation parmi d'autres. Dans nos sociétés dites modernes, l'exploitation sexuelle reste majoritaire (77 % des victimes de traite des êtres humains identifiées en France en 2020<sup>4</sup>, parce qu'elle est la plus visible et, dans cette mesure, la moins difficile à repérer ; mais ces statistiques ne permettent pas de mesurer précisément l'ampleur du phénomène ni sa nature). Suivent l'exploitation par le travail (15%) et la contrainte à commettre des délits (6%)<sup>5</sup>. Les affaires *Zoletic*<sup>6</sup> et *V.C.N. et A.N.*<sup>7</sup> illustrent respectivement chacune de ces deux dernières hypothèses.

La première met en cause 33 ressortissants de Bosnie-Herzégovine recrutés dans leur État pour venir travailler en Azerbaïdjan pour le compte d'une entreprise du bâtiment, Serbaz, dont le siège était en Azerbaïdjan. Cette dernière a organisé le voyage en sollicitant des visas tourisme. Les requérants ne bénéficiaient d'aucun permis de travail individuel. Leur passeport leur a été confisqué à leur arrivée. Ils n'ont reçu aucun salaire. Ils ont été confinés dans un dortoir insalubre, soumis à des règles de conduite strictes et exposés à des menaces, intimidations et sanctions. Ils ont été déboutés de leurs prétentions devant les juridictions civiles et aucune enquête sérieuse n'a été diligentée pour évaluer l'opportunité d'engager des poursuites pénales.

---

<sup>2</sup> CEDH, 28 juill. 2005, n° 73316/01, *Siliadin c/ France* ; RTDCiv. 2005.740, note J.-P. Marguénaud, *JCP G* 2005.II.10142 note F. Sudre.

<sup>3</sup> F. Sudre, L. Milano, H. Surrel, B. Pastre-Belda, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15ème édition, 2021, n° 329. Comp. avec l'interrogation de D. Szymczak, « L'article 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme : Une disposition en devenir ? », in *Mélanges Pacteau, Mare et Martin*, 2018, p. 657.

<sup>4</sup> V. Miprof et Ssmsi, *La traite des êtres humains en France : le profil des victimes accompagnées par les associations en 2020*, consultable via [https://www.interieur.gouv.fr/content/download/130183/1036614/file/TEH\\_PROFIL\\_VICTIMES\\_%20ACCOM\\_PAGNEES\\_ASSOCIATIONS\\_2020.pdf](https://www.interieur.gouv.fr/content/download/130183/1036614/file/TEH_PROFIL_VICTIMES_%20ACCOM_PAGNEES_ASSOCIATIONS_2020.pdf)

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> CEDH, 7 oct. 2021, n° 20116/12, *Zoletic et autres c/ Azerbaïdjan*.

<sup>7</sup> CEDH, 16 fév. 2021, n°77587/12 et 74603/12, *V.C.L. et A.N. c/ Royaume-Uni*.

Dans l'affaire *V.C.L. et A.N.*, deux mineurs vietnamiens ont été découverts par la police sur les lieux d'une fabrique de cannabis. Ils avaient en leur possession un téléphone portable et une somme d'argent. Associés à cette entreprise délictueuse, ils ont fait l'objet de poursuites pénales et ont été condamnés.

Ces affaires ont permis à la Cour de rappeler le domaine de la prohibition énoncée à l'article 4 de la CEDH (notamment la traite et le travail forcé ou obligatoire<sup>8</sup>) et de préciser ce qu'elle exige, concrètement et effectivement, des États. À cette fin, et quoiqu'elle se défende d'évaluer s'ils ont correctement mis en œuvre la convention de Varsovie du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains dans leur ordre juridique, tout particulièrement la disposition de non-sanction (article 26) et celle relative à l'identification des victimes (art. 10), la Cour s'appuie très largement sur ce texte tel qu'interprété par le GRETA (Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains) de même que sur la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée (le protocole de Palerme) ou encore les Conventions de l'OIT sur le travail forcé (n° 29) et les pires formes de travail des enfants (n° 182)<sup>9</sup>. C'est en puisant à ces différentes sources que la Cour détermine non seulement l'étendue de la prohibition, mais encore la nature et le contenu des mesures qu'elle implique<sup>10</sup>. S'agissant de phénomènes d'origine privée, elle sollicite le mécanisme des obligations positives. D'un point de vue matériel, les États doivent mettre en place un système législatif et administratif interdisant et réprimant la traite ainsi que prendre, dans certaines circonstances, des mesures opérationnelles pour protéger les victimes avérées ou potentielles de la traite. D'un point de vue procédural, ils doivent enquêter sur les situations de traite potentielle<sup>11</sup>. Ce sont surtout les deux dernières obligations positives qui étaient en cause dans les affaires *Zoletic* et *V.C.N. et A.N.* (l'enquête et l'absence de poursuite des victimes de la traite en tant que mesure opérationnelle de protection), lesquelles soulignent l'importance de l'identification des victimes. L'inertie des autorités n'est pas toujours blâmable. Elle le devient si elles avaient connaissance, ou auraient dû avoir connaissance, de la situation. Dès lors qu'elles soupçonnent ou qu'elles devaient soupçonner qu'une personne est victime d'un traitement contraire à l'article 4 CEDH (A), il leur appartient de mener une enquête susceptible de lever les doutes ou de les confirmer (B) et

---

<sup>8</sup> Sur ces aspects, v. les obs. F. Sudre, *JCP G*, 2022 doct. 39.6.

<sup>9</sup> *V.C.N. et A.N.*, § 149 ; *Zoletic*, §§ 146, 152, 155.

<sup>10</sup> V. spéc. *V.C.N. et A.N.*, § 150 ; déjà en ce sens CEDH, 30 mars 2017, n° 21884/15, *Chowdury et a. c/ Grèce*, § 104.

<sup>11</sup> CEDH, GC, 25 juin 2020, n° 60561/14, *S. M. c/ Croatie*, § 306 ; *JCP G*, 2020, act. 847, obs. F. Sudre (rappelé dans les arrêts *Zoletic*, §§ 132 et 182 ainsi que *V.C.L. et A.N.*, § 156).

de prendre des mesures protectrices des victimes qui peuvent aller jusqu'à l'immunité si les infractions commises sont la conséquence directe de la traite (C).

### *A - L'identification des victimes*

Soucieuse de ne pas imposer un trop lourd fardeau aux autorités, les obligations positives tendant à prévenir les atteintes à l'article 4, à protéger les victimes, à identifier, poursuivre et sanctionner les auteurs dépendent de l'étendue des informations qui sont en leur possession. Les déclarations des victimes ne sont pas déterminantes, d'autant plus lorsqu'elles appartiennent à un groupe vulnérable. Elles ne se désignent pas toujours comme telles (ce qui était le cas dans l'affaire *V.C.N. et A.N.*, les mineurs, mal conseillés par leur avocat, n'ont pas immédiatement soutenu qu'ils étaient exploités) et hésitent parfois à entreprendre des démarches, notamment un dépôt de plainte. L'étranger précaire, sans visa ni titre de séjour, assigné à des travaux agricoles, industriels (comme dans l'affaire *Zoletic*), domestiques ou sexuels, risque d'être expulsé. Celui qui est contraint à participer à des activités criminelles (comme dans l'affaire *V.C.L. et A.N.*) encoure lui-même une condamnation. Dès l'instant où les autorités constatent que les éléments constitutifs de la traite semblent réunis (soit, en référence aux instruments internationaux précités, un acte (de recrutement, de transport, de transfert, d'hébergement), des moyens (emploi de la force, contrainte, tromperie – qui sont indifférents lorsque la victime est un enfant) et une finalité (d'exploitation), elles doivent agir. En d'autres termes, l'identification de victimes et les moyens déployés à cette fin, est centrale. Elle est la condition même d'une protection concrète et effective et non théorique et illusoire (ce que souligne au demeurant le GRETA, tiers intervenant dans l'affaire *V.C.L. et A.N.*, § 142). L'ensemble des dispositifs destinés à prévenir, réprimer et protéger ne sert à rien si les victimes ne sont pas reconnues<sup>12</sup>. Ce préalable est ardu. Comme le souligne Nicolas Le Coz, « outre que les victimes de traite parlent peu, rien ne ressemble moins à une victime que l'auteur de vols à l'arraché dans les transports en commun, qu'une prostituée sur les trottoirs d'une capitale ou qu'une baby-sitter au service d'une famille expatriée et respectable *a priori* »<sup>13</sup>.

Dans l'affaire *Zoletic*, même si les éléments factuels présentés par les requérants aux juridictions judiciaires étaient succincts, ils évoquaient certaines caractéristiques du travail forcé. En outre, le rapport d'Astra (une ONG bosniaque) concernant la situation des travailleurs

---

<sup>12</sup> Sur cette question, v. N. Le Coz, « Identification des victimes d'esclavage moderne et poursuite des trafiquants devant les juridictions pénales », in F. Marchadier (dir.), *La prohibition de l'esclavage et de la traite des êtres humains*, Pédone, 2022, p. 161.

<sup>13</sup> N. Le Coz, « La loi pénale face aux exigences de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains », *AJ pénal*, 2012 p. 210.

migrants en Azerbaïdjan en général et au sein de Serbaz en particulier, la lettre du Conseil danois pour les réfugiés, les informations contenues dans les lettres de l'Azerbaïdjan Migration Centre (AMC, une ONG azerbaïdjanaise) adressées aux autorités, la déposition du représentant de l'AMC devant la Cour d'appel de Bakou ainsi que les informations contenues dans les demandes d'assistance juridique du Bureau du Procureur de Bosnie-Herzégovine les corroboraient. Les autorités ont eu accès à l'ensemble de ces informations révélatrices d'une possible coercition physique et mentale et d'un travail réalisé sous la menace d'une sanction. Enfin, les allégations concernant le non-paiement des salaires et les amendes sous forme de déductions sur les salaires, conjuguées à l'absence de permis de travail et de résidence, signalaient une situation potentielle de vulnérabilité des requérants en tant que migrants irréguliers sans ressources (*Zoletic*, §§ 166 et 193-200).

Les quelques incohérences dans le récit des requérants (*Zoletic*, § 164 ; rappr. *V.C.L. et A.N.*, § 171), fréquentes chez les victimes de tels traitements, n'étaient pas de nature à les discréditer d'emblée.

Dans les affaires *V.C.L. et A.N.*, les requérants, mineurs à l'époque des faits, ont fait l'objet de poursuites pénales en raison de leur participation à un trafic de cannabis et ont été condamnés parce que le statut de victime de la traite et de l'exploitation leur a été refusé. Bien que les autorités spécialisées (au sens de la Convention de Varsovie, art. 29) concluaient, au terme d'une mise en balance de l'ensemble des circonstances, qu'il était davantage probable qu'improbable que les requérants fussent victimes de la traite, les juridictions, qui n'étaient pas liées par cette appréciation, ont insisté sur l'absence des éléments qui sont ordinairement – de leur point de vue tout au moins – caractéristiques de la traite (la famille du premier requérant au Vietnam n'était pas menacée, il n'avait aucune dette envers qui que ce soit au Vietnam et il n'avait pas été maltraité avant son arrestation ; quant au second requérant, la possession d'un téléphone et d'argent ainsi que la possibilité de quitter seul la fabrique de cannabis ont été déterminants pour écarter la contrainte). En conséquence, dans les deux cas, rien ne faisait obstacle à ce qu'ils soient poursuivis dans l'intérêt public.

Ce sont une fois encore le Protocole de Palerme (préc.) et la Convention de Varsovie (préc.) qui fournissent à la Cour la matière pour apprécier le travail des autorités (*V.C.L. et A.N.*, § 160). Lorsque les circonstances laissent supposer qu'un individu est vraisemblablement victime de la traite des êtres humains, des personnes formées et qualifiées doivent intervenir pour évaluer son récit et sa crédibilité. La présence d'un mineur requiert sans surprise une diligence toute particulière. La Cour concède que les conclusions de ces spécialistes peuvent ne pas lier le ministère public, mais elles ne sauraient être ignorées et doivent être dûment prises en

compte. S'il s'en écarte en prenant la décision de poursuivre, il doit présenter des justifications claires et cohérentes par rapport à la définition de la traite contenue dans le Protocole de Palerme et la Convention de Varsovie (*V.C.L. et A.N.*, § 162). Une poursuite est donc envisageable à l'encontre des personnes qui ne sont pas clairement victimes de la traite et elle l'est encore si les infractions commises par celles-ci sont dépourvues de lien avec leur situation ou, plus précisément, lorsqu'elles n'ont pas été commises sous l'empire d'une contrainte<sup>14</sup>.

Dans le cas du premier requérant, une évaluation a eu lieu, quoique tardivement. Cependant, le procureur n'en a pas tenu compte en raison de la gravité des faits et des doutes subsistant sur l'existence d'une contrainte. Or, pour parvenir à cette conclusion, il a négligé la minorité du requérant ainsi que son appartenance à un groupe particulièrement exposé aux phénomènes de traite et de servitude. Enfin et surtout, il a exclu la traite en se fondant sur des éléments stéréotypés étrangers à la réalité des victimes. Le cas du second requérant est similaire. Même si sa minorité n'a pas d'emblée été établie, sa situation aurait dû éveiller les soupçons des autorités (l'immeuble était fermé de l'extérieur, il pensait qu'il était gardé, il ne percevait aucune rémunération, il craignait pour sa vie s'il décidait d'arrêter la culture du cannabis – *V.C.L. et A.N.*, § 175). Plutôt que d'être adressé immédiatement aux autorités spécialisées pour évaluation, il a fait l'objet de poursuites. Et, une fois encore, bien que ces autorités aient conclu à l'existence hautement probable d'une traite, les tribunaux ont confirmé les poursuites et ont prononcé une condamnation. Malgré « tout le respect dû à la Cour d'appel » (*V.C.L. et A.N.*, § 180<sup>15</sup>), la Cour de Strasbourg exprime son incompréhension quant à l'appréciation des faits, d'autant plus qu'elle jurait avec les lignes directrices adoptées par le Service des poursuites de la Couronne (Crown Prosecution Service) et celles qui résultaient de la propre jurisprudence de la Cour d'appel.

Ces défaillances ont lourdement obéré l'équité de la procédure et constituent une violation supplémentaire de la Convention. La négligence des requérants, qui ont plaidé coupable, ou de leurs représentants, qui n'ont pas articulé la défense autour du statut de victime de la traite, n'exonère pas l'État de sa responsabilité. Ses manquements à son obligation procédurale découlant de l'article 4 ont ainsi entraîné un manquement à l'article 6 qui n'a pas été redressé par l'appel (quand bien même il a été autorisé hors délai, compte tenu de la situation particulière des requérants).

---

<sup>14</sup> V. à cet égard, le constat de non violation dans l'affaire CEDH, 16 déc. 2021, n° 7604/19, *G.S. c/ Royaume-Uni*.

<sup>15</sup> Le soin que la Cour apporte à son expression pour sanctionner une telle erreur manifeste d'appréciation tranche avec le précédent *Dulaurans c/ France* (CEDH, 21 mars 2000, n° 34553/97, spéc. § 38).

En affinant de la sorte les conditions d'une garantie effective de la prohibition de la traite et de la servitude, la décision *V.C.L. et A.N.* devrait inciter la France à concrétiser la recommandation de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme en faveur de la création d'un mécanisme national de référence pour la détection, l'identification, l'orientation et l'accompagnement des victimes de traite, présumées ou avérées<sup>16</sup>. Car, jusqu'à présent, déplore Cécile Riou-Batista, « il n'existe en France ni procédure formalisée ni critères d'identification d'une victime de traite »<sup>17</sup>. Dans son dernier rapport d'évaluation de la France<sup>18</sup>, le GRETA souligne également l'absence d'un mécanisme national pour l'identification des victimes de la traite, ce qui nuit à la quantification du phénomène en France, qui est tout à la fois un pays de destination des victimes (majoritairement), un pays d'origine et de transit.

### ***B. L'obligation d'enquête***

Dans l'affaire *Zoletic*, le constat de violation était assuré. La Cour n'était pas confrontée à la situation la plus délicate qui consiste à apprécier l'effectivité, l'efficacité et l'ampleur des moyens mis en œuvre par les services de l'État pour parvenir à l'établissement des faits, à l'identification des coupables et, le cas échéant, à leur punition. Malgré les éléments en leur possession, les autorités, notamment le Département de la lutte contre la Trafic d'êtres humains du ministère de l'Intérieur, n'ont entrepris aucune investigation sérieuse. Les contradictions et l'absence de données précises figurent parmi les lacunes les plus graves soulignées par la Cour (*Zoletic*, §§ 202 et ss.). L'enquête, si tant est qu'elle ait été réellement menée (car, devant les juridictions civiles, le Département anti-traite avait d'abord soutenu qu'aucune enquête n'avait été possible car les prétendues victimes étaient toutes retournées en Bosnie), s'est résumée à l'interview de quelques travailleurs de Serbaz. L'hypothèse d'une situation contraire à l'article 4 avait alors été écartée puisqu'aucun ne s'était plaint de ses conditions de travail et d'hébergement. Cependant, aucun témoin n'était nommé, aucun des requérants n'avait été informé de cette démarche et, alors que le Département anti-traite prétendait savoir que plusieurs victimes potentielles avaient regagné leur pays, aucune demande d'assistance n'avait été adressée aux autorités bosniaques.

---

<sup>16</sup> Avis, « La création d'un « mécanisme national de référence » en France, pour l'effectivité des droits des personnes victimes de traite des êtres humains », 28 avril 2020, A-2020-5.

<sup>17</sup> Avant-propos, in F. Marchadier (dir.), *La prohibition de l'esclavage et de la traite des êtres humains*, Pédone, 2022, p. 13.

<sup>18</sup> GRETA, *L'accès à la justice et à des recours effectifs pour les victimes de la traite des êtres humains*, 3<sup>ème</sup> cycle d'évaluation, 18 fév. 2022, GRETA(2022)01, spéc. §§ 203 et s.

### *C. Les mesures opérationnelles de protection*

Les victimes de travail forcé ou obligatoire peuvent-elles être sanctionnées pour avoir pris part à des activités illicites qu'elles auraient été contraintes de réaliser et qui seraient une conséquence directe de leur soumission au travail forcé ou obligatoire ? Formulé ainsi, le problème est inédit devant la Cour. Jamais elle n'avait été appelée à se prononcer sur la situation dans laquelle une victime de la traite (ou tout au moins se prétendant telle) a fait l'objet d'une condamnation pour des infractions en lien avec sa situation. Rien ne l'interdit formellement, mais l'effectivité de la prohibition énoncée dans l'article 4 pourrait obliger l'État à conférer une immunité aux victimes en tant qu'elle est un puissant mécanisme de protection (au dommage lié au travail forcé ne s'ajoutera pas le dommage inhérent à la répression pénale des activités menées sous la contrainte) et de répression (en incitant les victimes à dénoncer une criminalité peu visible).

Une telle interprétation irait au-delà des instruments internationaux et européens pertinents<sup>19</sup>. Ils obligent seulement les Etats à donner aux autorités de poursuite et de jugement un pouvoir d'appréciation. Si la possibilité de ne pas poursuivre et de ne pas sanctionner doit être réservée, elle n'a pas nécessairement vocation à être exercée. Identifier une victime est dès lors moins crucial puisque ce statut n'offre aucune protection absolue. Il n'est pas exclu cependant qu'une telle situation soulève un problème quant à l'effectivité de la lutte contre la traite et le travail forcé. N'est-ce pas une mesure opérationnelle que devraient prendre les États dans les circonstances où une victime crédible a été identifiée ? Pour la Cour, la réponse affirmative s'impose comme une évidence (*V.C.L. et A.N.*, § 159) tant la perspective d'une poursuite et d'une condamnation est hautement préjudiciable pour la victime, physiquement, psychologiquement et socialement. C'est dans cette voie que ce sont engagés des États tels que Chypre ou le Danemark. L'article 29 de la loi chypriote 60(I)2014 prévoit ainsi qu'une victime de la traite ne doit pas faire l'objet de poursuites ni de sanctions pour avoir participé à des activités criminelles si celles-ci sont la conséquence directe de sa condition de victime de la traite. Des dispositions similaires figurent dans les lignes directrices sur les affaires de traite

---

<sup>19</sup> V. art. 4, § 2 du Protocole de 2014 à la Convention OIT n° 29 relative au travail forcé de 1930 ; art. 26 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ; considérant 14 et article 8 de la Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

publiées par le procureur général danois en 2015 (la gravité de l'infraction justifierait cependant l'engagement de poursuites pénales). Le contraste avec la situation française est saisissant. Hormis une dépêche du 8 février 2021 par laquelle le garde des Sceaux a demandé aux procureurs d'exclure la responsabilité pénale du mineur ayant commis une infraction sous la menace ou la contrainte, il n'existe aucune disposition juridique spécifique sur la non-sanction des victimes de la traite ni instructions à destination des services enquêteurs et des parquets qui préciseraient la portée de la disposition de non-sanction. Dans son dernier rapport concernant la France, le GRETA n'a pas manqué de souligner l'insuffisance de ce dispositif et d'exhorter les autorités à agir<sup>20</sup>. La jurisprudence de la Cour affaiblit considérablement la pertinence de la réplique de la France, qui oppose le caractère facultatif de la clause de non-sanction, l'article 122-2 du Code pénal (en neutralisant la responsabilité pénale de celui qui a agi sous l'empire de la contrainte, il pourrait en effet bénéficier aux victimes de la traite) et le principe d'opportunité des poursuites. La clause de non-sanction n'est pas facultative pour les victimes de la traite (du moins pour les infractions qui sont en lien avec la traite) et le jeu de l'article 122-2 du Code pénal, comme le principe de l'opportunité des poursuites, sont *a priori* trop aléatoires pour offrir un niveau de protection satisfaisant aux victimes (tout dépendra en effet de la politique des parquets et de la sensibilité des juridictions de jugement).

---

<sup>20</sup> Préc., § 129.

**LA MISE AU PAS DE LA JUSTICE EN POLOGNE, UNE PREOCCUPATION  
MAJEURE POUR LES JURIDICTIONS EUROPEENNES  
(LAURE MILANO)**

Au cours de l'année 2021, la Cour européenne a été amenée à constater à quatre reprises, dans les affaires *Xero Flor w Polsce sp. z o.o., Broda et Bojara, Reczkowicz et Dolinska-Ficek*<sup>21</sup>, la violation de l'article 6 §1 de la Convention, garantissant le droit à un procès équitable, à l'encontre de la Pologne du fait des réformes de l'organisation judiciaire entreprises dans cet Etat depuis 2017. En 2022, à l'heure où nous écrivons, deux nouveaux constats de violation ont été rendus pour les mêmes raisons, dont l'un en formation de Grande chambre<sup>22</sup>, et d'autres suivront vraisemblablement. L'année 2021 restera néanmoins comme l'année au cours de laquelle la Cour européenne aura commencé à examiner ce contentieux.

En effet, depuis 2018, plus de 57 requêtes ont déjà été introduites à Strasbourg, portant toutes sur l'indépendance du pouvoir judiciaire en Pologne, et la Cour a annoncé que toutes les requêtes actuelles et futures portant sur des griefs relatifs aux divers aspects de la réforme du système judiciaire en Pologne seraient traitées en priorité (catégorie I), conformément à sa politique de priorisation.

Il est vrai que depuis le changement de majorité gouvernementale en 2015, plusieurs graves atteintes à l'indépendance de la justice ont été commises par la nouvelle majorité politique.

Les premières ont touché la composition du Tribunal constitutionnel puisque par une décision sans précédent, dès son élection, la nouvelle Diète, chambre basse du parlement, a adopté des résolutions annulant l'élection des 5 juges élus par la Diète sortante et a procédé à l'élection de 5 nouveaux juges dont le Président de la République a immédiatement recueilli le serment.

Les autres mesures sont d'ordre législatif. Ainsi, la loi du 12 juillet 2017 portant modification de la loi sur l'organisation des juridictions ordinaires a renforcé à l'égard des juridictions ordinaires les pouvoirs du ministre de la Justice en matière d'organisation interne des

---

<sup>21</sup> CEDH, 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c/ Pologne*, n°4907/18 ; Chron. *JCP, G*, 2021, n°697, obs. L. Milano ; CEDH, 26 juin 2021, *Broda et Bojara c/ Pologne*, n°26691/18 et 27367/18 ; Chron. *JCP, G*, 2022, n°39, obs. L. Milano ; CEDH, 22 juill. 2021, *Reczkowicz c/ Pologne*, n°43447/19 ; CEDH, 8 nov. 2021, *Dolinska-Ficek et al. c/ Pologne*, n°49868/19.

<sup>22</sup> CEDH, 3 févr. 2022, *Advance Pharma SP. Z.O.O. c/ Pologne*, n°1469/20 ; CEDH, GC, 15 mars 2022, *Grzeda c/ Pologne*, n°43572/18. La Cour a également ordonné des mesures provisoires dans plusieurs affaires, par ex. CEDH, 8 févr. 2022, *Wróbel c/ Pologne*, n°6904/22.

juridictions, de nomination et de révocation de leurs présidents et vice-présidents, ainsi que de promotion et de discipline. Elle disposait en outre que dans les six mois après qu'elle aurait été adoptée, le ministre pourrait relever de leurs fonctions et nommer à sa discrétion les présidents et vice-présidents de juridiction.

En décembre 2017, le Parlement a adopté la loi portant modification de la loi sur le Conseil national de la magistrature (CNM). Cette loi transfère à la Diète le pouvoir d'élire les quinze membres juges du CNM, pouvoir qui était initialement dévolu aux assemblées de juges. De plus, elle a mis fin prématurément au mandat des membres juges qui avaient été élus en vertu de la réglementation précédente.

Toujours en décembre 2017, le Parlement a également adopté la nouvelle loi sur la Cour suprême. Entre autres dispositions, cette loi modifie l'organisation de la haute juridiction en créant deux nouvelles chambres, la chambre disciplinaire et la chambre du contrôle extraordinaire et des affaires publiques. Elle prévoit que les juges de ces nouvelles chambres sont nommés par le président de la République sur recommandation du nouveau CNM.

La nouvelle loi sur la Cour suprême abaisse par ailleurs, de 70 à 65 ans, l'âge de départ à la retraite des juges, ce qui devait se traduire par le départ prématuré d'un tiers environ des juges de cette juridiction, dont son premier président. Elle confère toutefois au président de la République le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les magistrats concernés à rester en fonction au-delà de cet âge.

La loi du 8 décembre 2017 sur la Cour suprême, portant modification de la loi sur l'organisation des juridictions ordinaires, a quant à elle entraîné une ample modification des règles relatives à la responsabilité disciplinaire des juges.

Enfin en décembre 2019, le Parlement a adopté la loi portant modification, notamment, de la loi sur l'organisation des juridictions ordinaires et de la loi sur la Cour suprême. Cette loi, qui est entrée en vigueur le 14 février 2020, crée de nouvelles infractions et sanctions disciplinaires pour les juges, notamment pour ceux qui contesteraient la légalité des nominations auxquelles le nouveau CNM a participé.

Saisie par des magistrats ou de simples particuliers, la Cour dans les arrêts rendus en 2021, bien qu'elle ait, lors de l'examen de chaque affaire, précisé qu'il ne lui appartenait pas d'évaluer la légitimité de la réorganisation du système judiciaire polonais dans son ensemble, mais de déterminer si, et le cas échéant comment, ces changements avaient affecté les droits des requérants au titre de l'article 6 § 1 de la Convention, va être amenée à constater la violation des exigences de cette disposition et indirectement l'inconventionnalité des réformes entreprises.

Ces arrêts de violation de l'article 6 §1 de la Convention suscitent des interrogations d'un double point de vue, quant aux fondements juridiques retenus par la Cour (A) et quant à la volonté de la Pologne d'exécuter ces arrêts (B).

### ***A - Le choix des fondements juridiques retenus***

Les arrêts rendus contre la Pologne en 2021 aboutissent tous à sa condamnation, la Cour constatant la violation du droit à un tribunal établi par la loi, garantie nouvellement précisée par la Cour, ou du droit d'accès à un tribunal.

C'est essentiellement la violation du droit à un tribunal établi par la loi qui retiendra notre attention, la violation du droit d'accès à un tribunal, du fait de l'impossibilité pour des magistrats de disposer de voies de recours pour contester les décisions du ministre de la Justice de mettre prématurément fin à leurs mandats de chefs de juridiction dans l'affaire *Broda et Bojara*, étant plus classique<sup>23</sup>. En effet, dans cette affaire, la Cour conclura, sans surprise, à la violation du droit d'accès à un tribunal des requérants au motif, d'une part, que leur révocation est intervenue sur la base d'une disposition législative dont la compatibilité avec les exigences de l'État de droit lui paraît douteuse, et d'autre part, que cette mesure n'était entourée d'aucune des exigences fondamentales de l'équité procédurale<sup>24</sup>. Malheureusement la situation en Pologne est loin d'être isolée puisque la Cour a eu l'occasion plusieurs fois en 2021, à l'encontre d'autres Etats membres, de constater des violations du droit d'accès à un tribunal s'agissant de magistrats empêchés d'exercer des recours pour contester des atteintes à leur statut et à leur carrière<sup>25</sup>. Qu'il s'agisse de la question de l'accès à une juridiction ou de celle de la compétence du tribunal, le droit d'accès à un tribunal des magistrats donne donc lieu régulièrement à des constats de violation<sup>26</sup>.

Le droit à un tribunal établi par la loi constitue, en revanche, une garantie qui avait jusque-là été peu mobilisée dans la jurisprudence européenne, d'autant que la question de la protection du mandat des juges à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif était jusqu'ici traditionnellement analysée par la Cour sous l'angle du principe d'indépendance du tribunal.

---

<sup>23</sup> V. en ce sens, par ex. CEDH, GC, 23 juin 2016, *Baka c/ Hongrie*, n°20261/12.

<sup>24</sup> *Broda et Bojara*, préc., §146.

<sup>25</sup> V. CEDH, 9 mars 2021, n°1571/07, *Bilgen c/ Turquie*, n°1571/07 ; CEDH, 22 juill. 2021, *Gumenyuk c/ Ukraine*, n°11423/19.

<sup>26</sup> Par ex. CEDH, GC, 6 nov. 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sà c/ Portugal*, n°55391/13, contrôle sur une sanction infligée par le CSM ; dans le même sens CEDH, 5 mai 2020, *Kövesi c/ Roumanie*, n°3594/19.

Dans la jurisprudence européenne, le droit à un tribunal établi par la loi renvoie non seulement à l'existence et à la compétence du tribunal mais également à toute disposition relative à sa composition, le terme de « loi » étant ici entendu au sens organique et formel. Souhaitant affiner et clarifier son contenu, la Cour a, dans un arrêt de principe rendu quelques mois avant les arrêts polonais<sup>27</sup>, estimé qu'il s'agissait d'un droit autonome par rapport aux autres garanties de l'article 6 §1, bien qu'il noue des liens étroits avec les exigences d'indépendance et d'impartialité, et, a estimé qu'au regard de la marge d'appréciation qu'il convenait d'accorder aux Etats en la matière, seule une « violation flagrante » des règles de nomination des juges pouvait emporter une violation de ce droit.

Dans les affaires *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, *Reczkowicz* et *Dolinska-Ficek*, les griefs en cause étaient sensiblement les mêmes et portaient sur la composition des juridictions. Dans l'affaire *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, il s'agissait de la composition du Tribunal constitutionnel, le Président polonais ayant refusé d'assermenter trois juges qui avaient été légalement élus par la Diète précédente et la nouvelle Diète ayant élu trois nouveaux juges à des postes déjà attribués. Dans les deux autres affaires, c'est la composition des chambres nouvellement créées de la Cour suprême qui était en cause, celles-ci étant composées de juges nommés par le Président de la République sur recommandation du CNM, organe censé garantir l'indépendance des tribunaux et des juges mais qui fait l'objet de controverses depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation prévoyant, entre autres, que ses membres ne sont plus élus par les juges mais par la chambre basse du Parlement.

Elle conclura dans les trois arrêts à une violation flagrante du droit à un tribunal établi par la loi, dans le premier, parce que les règles de nomination des juges au Tribunal constitutionnel n'avaient pas été respectées ; dans les deux autres, notamment parce que la procédure de nomination des juges, qui fait intervenir le CNM, révèle une influence indue des pouvoirs législatif et exécutif, influence en soi incompatible avec l'article 6 §1 et qui constitue une irrégularité fondamentale compromettant la légitimité du tribunal composé des juges ainsi nommés<sup>28</sup>.

Le choix de ce fondement juridique, plutôt que celui de l'indépendance du tribunal, peut paraître curieux s'agissant des affaires *Reczkowicz* et *Dolinska-Ficek* dans la mesure où, à la différence de *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, il ne s'agissait pas d'une violation du cadre légal existant relatif à la procédure de nomination des juges, mais de l'intervention dans cette procédure de

---

<sup>27</sup> CEDH, GC, 1<sup>er</sup> déc. 2020, *Gudmundur Andr Ástráðsson c/ Islande*, n°26374/18 ; JCP, G, 2021-1-2, chron. n°28, obs. L. Milano.

<sup>28</sup> *Dolinska-Ficek*, préc., § 349.

nomination d'un organe ne répondant pas à l'exigence d'indépendance à l'égard des autres pouvoirs.

De plus, dans ces affaires, lorsque les requérants ont invoqué la violation des exigences d'indépendance et d'impartialité, la Cour a considéré que la violation du droit à un tribunal établi par la loi suffisait à établir la défaillance intrinsèque de la procédure de nomination sans qu'il soit besoin d'examiner plus avant ces griefs.

Par comparaison, le juge de l'Union européenne, dans les nombreux arrêts qu'il a rendus à propos des réformes de l'organisation judiciaire entreprises en Pologne<sup>29</sup>, s'est toujours appuyé sur le principe d'indépendance de la justice. Ce principe a d'ailleurs été fortement revalorisé par la Cour de justice ces dernières années, celle-ci rappelant son importance cardinale dans un Etat droit et sa place parmi les valeurs fondamentales de l'Union<sup>30</sup>.

Le choix d'un fondement juridique différent opéré par la Cour de Strasbourg marque peut-être sa volonté de se démarquer de la Cour de justice, qui est la première à être intervenue dans ce contentieux, d'autant que la jurisprudence magistrale développée par cette dernière en matière d'indépendance de la justice est venue fortement concurrencée l'office de la Cour européenne. Au-delà de cette éventuelle concurrence entre les juges européens, la Cour européenne a sans doute souhaité en se plaçant sous l'angle du droit à un tribunal établi par la loi mettre en exergue le fait que l'immixtion du pouvoir dans la procédure de nomination des juges porte atteinte à l'établissement, à l'existence même du tribunal sans qu'il soit besoin de rechercher une atteinte à son indépendance, celle-ci étant, de fait, constituée.

Si le fondement choisi par les deux juges européens diffère, il est en revanche possible d'établir un parallèle quant à la manière de procéder. Le juge de Luxembourg a réaffirmé avec beaucoup de force les exigences du droit à tribunal indépendant dans un arrêt préjudiciel en réponse à des questions émanant de juges portugais<sup>31</sup> pour ensuite en faire application à la situation polonaise. De même, la Cour de Strasbourg a saisi l'occasion d'un arrêt de Grande chambre à l'encontre de l'Islande pour préciser le contenu du droit à un tribunal établi par la loi, pour ensuite appliquer cette exigence aux réformes entreprises en Pologne.

Face au lourd contentieux généré par les atteintes répétées à l'indépendance de la justice en Pologne tout se passe comme si les juges européens avaient saisi l'occasion d'une affaire pour préciser et affermir les principes d'une justice respectueuse de l'Etat de droit en vue de les

---

<sup>29</sup> Par ex. CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, C-619/18 ; CJUE, GC, 5 nov. 2019, *Commission c/ Pologne*, C-192/18.

<sup>30</sup> V. CJUE, GC, 27 févr. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASPJ)*, C- 64/16 et les arrêts cités aux notes 3 et 4.

<sup>31</sup> CJUE, *ASPJ*, préc.

transposer ensuite au cas de la Pologne. Cette démarche permet de rappeler que les principes d'une bonne justice ne peuvent être laissés à la discrétion des Etats et doivent s'appliquer uniformément à l'ensemble des Etats européens. Il ne s'agit pas de stigmatiser un Etat en particulier mais de rappeler à tous que les garanties de l'Etat de droit ne sont pas négociables. Cependant, malgré l'action conjuguée des deux juges européens, la Pologne reste sourde aux condamnations et remet en cause les principes fondateurs des deux organisations européennes. On peut donc craindre que les arrêts de la Cour EDH ne soient jamais exécutés.

### ***B - Les doutes quant à la volonté de la Pologne d'exécuter les arrêts de la Cour***

La véritable mise sous tutelle de la justice par la majorité au pouvoir en Pologne depuis 2017 a entraîné des réactions des deux Europe.

Du côté de l'Union européenne, à l'initiative de la Commission plusieurs recours en manquement ont été engagés à partir de 2018 devant la Cour de justice et se sont tous soldés par des constats de violation du droit de l'Union et plus particulièrement des valeurs de l'Union<sup>32</sup>. L'incompatibilité du droit polonais avec les principes élémentaires de l'Etat de droit est également mise en lumière très régulièrement par la Cour de justice par le biais de ses arrêts préjudiciels<sup>33</sup>.

Malgré des condamnations systématiques, et parfois retentissantes<sup>34</sup>, de la part de la Cour de justice, la Pologne n'a pas pour autant remis en cause sa législation. Mieux, son Tribunal constitutionnel dans une décision du 7 octobre 2021 (K3/21) a déclaré incompatible avec la Constitution polonaise les articles 2 et 19 du Traité sur l'Union européenne tels qu'interprétés par la Cour de justice<sup>35</sup>.

Par ailleurs, les diverses initiatives politiques entreprises, tels que la mise en œuvre de la procédure de suspension prévue à l'article 7 du Traité sur l'Union européenne ou le conditionnement des aides européennes au respect de l'Etat de droit, sont également restées sans effets sur la teneur de la législation.

---

<sup>32</sup>V. les arrêts cités note 9.

<sup>33</sup> V. CJUE, 2 mars 2021, *A.B.e.a.*, C-824/18 ; CJUE, 6 oct. 2021, *W.Z.*, C-487/19 ; CJUE, GC, 16 nov. 2021, *WB e.a.*, C-748/19.

<sup>34</sup> V. le montant de l'astreinte, 1 million d'euros par jour de retard jusqu'à l'exécution par la Pologne des précédentes ordonnances et condamnations prononcées par la CJUE, V. CJUE, 27 oct. 2021, C-204/21, *Commission c/ Pologne*.

<sup>35</sup> V. le commentaire de F. Martucci, « La Pologne et le respect de l'Etat de droit », *JCP, G*, 2021, n°1181.

Du côté du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire s'est dite préoccupée par la mise en péril de l'Etat de droit en Pologne<sup>36</sup> et a ouvert une procédure de suivi à son encontre<sup>37</sup>. Dans une résolution ultérieure<sup>38</sup>, elle a appelé les autorités polonaises à prendre un certain nombre de mesures, et notamment à « revenir au précédent système d'élection des membres-juges du Conseil national de la magistrature ou [à] adopter une réforme de la justice qui assurerait de manière efficace son autonomie par rapport au pouvoir politique ». Tant la Commission pour la démocratie par le droit (Commission de Venise)<sup>39</sup> que la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ont également alerté sur les dangers des réformes entreprises. Enfin c'est la Cour européenne qui, à plusieurs reprises depuis ses premiers arrêts en 2021, a constaté la violation des exigences de la Convention.

Ces condamnations semblent devoir subir le même sort que celui des arrêts de la Cour de justice puisqu'en réaction à l'arrêt *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, le Tribunal constitutionnel dans une décision du 24 novembre 2021 (K6/21) a rendu le jugement suivant :

« 1. Dans la mesure où le terme « tribunal » qui figure à la première phrase de l'article 6 § 1 de la [Convention] englobe la Cour constitutionnelle de la République de Pologne, cette disposition est incompatible avec l'article 173 combiné avec les articles 10 § 2, 175 § 1 et 8 § 1 de la Constitution de la République de Pologne.

2. Dans la mesure où elle rend la Cour européenne des droits de l'homme compétente pour contrôler la légalité de l'élection des juges de la Cour constitutionnelle, la première phrase de l'article 6 § 1 de la [Convention] visé au point 1 est incompatible avec l'article 194 § 1 combiné avec l'article 8 § 1 de la Constitution ».

A la suite de cette décision, la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe, dans une lettre du 7 décembre 2021, a jugé la situation sans précédent et suscitant de graves préoccupations. Appliquant la procédure prévue à l'article 52 de la Convention, elle a demandé officiellement à la Pologne d'expliquer comment elle entendait garantir l'application effective de ses obligations au titre de la Convention et a demandé une réponse d'ici au 7 mars 2022. Cette demande n'a pas à ce jour, à notre connaissance, reçu de réponse mais il est vrai que le Conseil de l'Europe comme l'Union européenne sont désormais confrontés à des problèmes d'une toute autre ampleur en raison de l'agression russe en Ukraine.

---

<sup>36</sup> Résolution 2188 (2017), 11 oct. 2017.

<sup>37</sup> Résolution 2316 (2020), 28 janv. 2020.

<sup>38</sup> Résolution 2359 (2021), 26 janv. 2021.

<sup>39</sup> V. Avis de la Commission de Venise, n°860/2016 des 14 et 15 oct. 2016.

Justement à l'aune de cette crise inédite et d'une gravité sans précédent<sup>40</sup>, les Etats en dissidence vis-à-vis des organisations européennes, la Pologne en tête, paraissent revenir dans le rang et jouer à nouveau le jeu de la cohésion et de l'unité européenne. Pourtant, malgré ce contexte, le Tribunal constitutionnel polonais vient à nouveau de défier la justice européenne dans une décision du 10 mars 2022, dans laquelle il estime la Convention incompatible avec la Constitution polonaise et dénie à la Cour européenne le droit de « contrôler la compatibilité avec la Convention des lois relatives à l'organisation du pouvoir judiciaire, à la compétence des tribunaux, ainsi que de la loi fixant l'organisation, les procédures et le mode d'élection des membres du Conseil national de la magistrature ».

Il est donc fort peu probable que les arrêts de la Cour européenne à propos de l'organisation judiciaire en Pologne soient un jour exécutés.

Que faire face à cette remise en cause du principe de séparation des pouvoirs et des exigences cardinales d'un procès équitable dont la Cour considère par ailleurs qu'elles relèvent de l'ordre public européen et consacrent « le principe fondamental de la prééminence du droit dans une société démocratique »<sup>41</sup> ? La Cour pourrait par exemple choisir d'utiliser l'arme de l'arrêt pilote pour dénoncer un problème structurel et systémique de l'indépendance de la justice en Pologne et indiquer à l'Etat les mesures générales à adopter pour se conformer à ses obligations conventionnelles ; le comité des ministres du Conseil de l'Europe pourrait, lui, tenter un recours en manquement devant la Cour européenne pour défaut d'exécution par la Pologne des arrêts de la Cour<sup>42</sup>. On peut cependant craindre que ces menaces ne soient suivies d'aucune réaction des autorités polonaises pour réformer leur législation et les braquent encore un peu plus. Faut-il alors aller jusqu'à envisager l'exclusion de la Pologne du Conseil de l'Europe ? Dans le grave contexte actuel, cela semble peu pertinent. Pour autant doit-on se résoudre à l'impuissance et acter de la régression continue et inéluctable des principes de l'Etat de droit ? C'est là le plus grand défi à relever pour la Cour européenne et le Conseil de l'Europe, celui de leur légitimité.

---

<sup>40</sup> Agression russe qui a entraîné l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe par une résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 16 mars 2022, cette exclusion sera effective à partir du 16 septembre 2022.

<sup>41</sup> CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n°6538/74, §55.

<sup>42</sup> Cette procédure n'a été mise en oeuvre que deux fois à ce jour dans les affaires CEDH, GC, 29 mai 2019, *Mammadov c/ Azerbaïdjan*, n°15172/13 et la Cour vient d'être saisie d'une deuxième demande pour le défaut d'exécution de l'arrêt CEDH, 10 déc. 2019, *Kavala c/ Turquie*, n°28749/18, son arrêt n'a pas encore été rendu.

### III. L'IMPOSSIBLE EQUILIBRE ENTRE LA SECURITE NATIONALE ET LA SURVEILLANCE DE MASSE

(KATARZYNA BLAY-GRABARCZYK)

La question de la compatibilité de la surveillance de masse et de l'interception des communications contenant des données à caractère personnelle avec la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas nouvelle. Le développement et le perfectionnement des techniques, notamment dans le domaine des investigations policières et du renseignement, ont soulevé des interrogations légitimes quant à l'éventuelle utilisation abusive de certaines informations personnelles ou confidentielles enregistrées par les autorités. Ces dernières années, l'évolution des techniques informatiques a conduit à une modification de la perception et du rôle des enquêteurs, les obligeant à s'adapter au monde numérique. Pour faire face au terrorisme particulièrement accentué ces derniers temps, les gouvernements ont adopté des réglementations pouvant être considérées comme attentatoires aux libertés publiques.

La centralisation et le recoupement des données nominatives, sans que les personnes concernées en soient informées ont tout naturellement soulevé des interrogations par rapport aux principes de la Convention EDH. Si aucune disposition conventionnelle ne traite explicitement de surveillance secrète, celle-ci a tout naturellement été abordée sous l'angle du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. En effet, cette « *notion large, non susceptible d'une définition exhaustive* »<sup>43</sup> avait déjà auparavant permis d'étendre son champ d'applicabilité aux questions relatives à l'accès aux données personnelles<sup>44</sup>, aux écoutes téléphoniques<sup>45</sup>, à la conservation et à la divulgation des données captées dans le cadre d'une vidéosurveillance<sup>46</sup>, à la saisie des données électroniques<sup>47</sup> ou encore à la surveillance par des services de l'État<sup>48</sup>.

Les progrès technologiques continus des moyens de communication et/ou d'investigation, dans un contexte de lutte contre le terrorisme auquel doivent faire face les pays du Conseil de l'Europe, obligent le juge européen à toujours actualiser ses grilles d'analyse et à fixer les limites conventionnelles des ingérences dans la vie privée. Après avoir initialement fixé sa

---

<sup>43</sup> CEDH, 20 jan. 2011, n°31322/07, *Haas c/Suisse*, §50.

<sup>44</sup> CEDH, 7 juil. 1989, n°10454/83, *Gaskin c/Royaume-Uni*.

<sup>45</sup> CEDH, 27 oct. 2015, n°62498/11, *R.E. c/Royaume-Uni*.

<sup>46</sup> CEDH, 28 jan. 2003, n°44647/98, *Peck c/Royaume-Uni*.

<sup>47</sup> CEDH, 16 oct. 2007, n°74336/01, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c/Autriche*.

<sup>48</sup> CEDH 2 sep. 2010, n°35623/05, *Uzun c/Allemagne* (surveillance GPS) ; CEDH, 12 jan. 2016, n°37138/14, *Szabo et Vissy c/Hongrie* (surveillance terroriste) ou encore CEDH, 5 déc. 2019, n°43478/11, *Hambardzumyan c/Arménie* (surveillance secrète dans le cadre d'une enquête pénale).

jurisprudence en matière de surveillances secrètes ciblées dans le cadre d'enquêtes pénales<sup>49</sup> et défini les garanties minimales devant guider les mesures d'interception au nom de la sécurité nationale<sup>50</sup>, le juge de Strasbourg a été amené, dans les arrêts *Big Brother Watch*<sup>51</sup> et *Centrum För Rättvisa*<sup>52</sup>, à préciser le cadre conventionnel de l'interception en masse des communications. Plus précisément, dans la première affaire, la Cour a été confrontée à des requêtes introduites par des journalistes et des organisations de défense des droits de l'homme dénonçant l'ancien système britannique de surveillance permettant l'interception en masse de communications, la réception d'éléments interceptés obtenus auprès de gouvernements étrangers ou encore l'obtention de données de communication auprès des fournisseurs de services de communication. Portée devant la Cour à la suite des révélations d'Edward Snowden quant à l'existence d'un programme de surveillance et de partage des renseignements entre les États-Unis et le Royaume-Uni, l'affaire soulevait la question de la compatibilité des pratiques avec les articles 8 et 10 de la Convention. Dans un second arrêt, la requérante (fondation à but non – lucratif intervenant dans les litiges contre l'État) mettait en cause le système suédois permettant la collecte en masse de renseignements d'origine électromagnétique.

Procédant à un véritable exercice d'équilibriste, la Cour européenne, désormais très soucieuse de respecter le principe de subsidiarité, tente de concilier l'interception en masse des communications, qu'elle juge en soi légitime (A), et le nécessaire respect des règles conventionnelles devant prémunir les individus contre le risque d'arbitraire et d'abus (B).

### ***A- L'acceptation de la surveillance de masse comme technique légitime de renseignement***

Dans le prolongement de sa jurisprudence sur les mesures de surveillance secrètes ciblées, la Cour affirme que « *l'article 8 n'interdit pas de recourir à l'interception en masse afin de protéger la sécurité nationale ou d'autres intérêts nationaux essentiels contre des menaces extérieures graves* »<sup>53</sup>. Ainsi, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée s'appuie sur un but légitime (1) et conduit à la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux États quant à l'opportunité ou non de recourir à une interception en masse des communications (2).

---

<sup>49</sup> CEDH, 6 sept. 1978, n°529/71, *Klass c/ Allemagne*.

<sup>50</sup> CEDH, GC, 4 déc. 2015, n°47143/06, *Roman Zakharov c/ Russie*.

<sup>51</sup> CEDH, GC, 25 mai 2021, n°58170/13, *Big Brother Watch et al. c/ Royaume-Uni*.

<sup>52</sup> CEDH, GC, 25 mai 2021, n°35252/08, *Centrum för Rättvisa, c/ Suède*, JCP G 2021, act. 616, obs. F. Sudre.

<sup>53</sup> CEDH, *Centrum för Rättvisa*, préc., §261.

## 1- L'ingérence justifiée de la surveillance de masse

Dans l'affaire *Big Brother Watch*, les requérants contestaient la nécessité même de la surveillance et soutenaient l'absence de marge d'appréciation de l'État en la matière. Pour le juge européen, le « *simple fait* » de mémoriser des données privées s'analyse en tant qu'« ingérence » au sens de l'article 8 de la Convention EDH<sup>54</sup>, leur utilisation ultérieure ou son absence n'étant pas un élément déterminant<sup>55</sup>. Or, dans les affaires commentées, cette ingérence trouve aux yeux de la Cour un fondement. En effet, cette dernière observe que les menaces auxquelles sont confrontés les États contractants et leurs citoyens ont proliféré (*cf.* terrorisme, trafic de substances illicites, traite des êtres humains, exploitation sexuelle des enfants...). Ainsi, l'interception en masse par les services de renseignement de communications transfrontières peut s'avérer légitime, les États parties à la Convention ayant « *besoin d'opérer dans le secret* ». Plus encore, il apparaît même logique qu'ils ne rendent pas publiques les informations sur leur façon de procéder<sup>56</sup>. Le juge européen valide ainsi les thèses étatiques (plusieurs gouvernements, dont le français se sont positionnés comme tiers intervenants dans ces affaires) mettant en avant l'accès facile d'acteurs hostiles à une technologie permettant de ne pas être repéré menaçant par la même la sécurité nationale. La Cour de Strasbourg valide au passage la spécificité du domaine en soulignant que la menace pour la sécurité nationale est désormais beaucoup appréhendée à travers les menaces numériques et la cyber sécurité, elle « *ne peut donc être détectée et investiguée qu'à l'aide des moyens numériques* »<sup>57</sup>. Pour souligner la nécessité des États à pouvoir procéder à l'interception en masse, elle n'hésite pas à s'appuyer sur les conclusions de la Commission de Venise qui légitime les outils de détection de potentielles menaces pouvant peser sur la sécurité nationale.

Si le juge européen rappelle sa position traditionnelle en vertu de laquelle une ingérence dans les droits garantis par la Convention par les articles 8 et 10 ne peut être justifiée que si elle est « prévue par la loi », il souligne pourtant plusieurs spécificités de l'interception desdites communications en masse. Ainsi, puisqu'il s'agit d'un domaine de surveillance secrète, la « prévisibilité » de celle-ci « *ne peut se comprendre de la même façon que dans la plupart des autres domaines* »<sup>58</sup>. Par conséquent, un individu ne doit pas être placé dans une situation lui permettant de savoir quand les autorités sont susceptibles de recourir à des mesures

---

<sup>54</sup> CEDH, 26 mars 1987, *Leander c/Suède*, n°9248/81, §48.

<sup>55</sup> CEDH, GC, 16 fév. 2000, *Amann c/Suisse*, n°27798/95, §69.

<sup>56</sup> CEDH, *Big Brother Watch et al.*, préc., §322; CEDH, *Centrum för Rättvisa*, préc., §236.

<sup>57</sup> CEDH, *Big Brother Watch et al.*, préc., §323.

<sup>58</sup> *Idem*, §333.

d'interception. Enfin, contrairement aux interceptions secrètes ciblées, employées dans des enquêtes pénales, l'interception de communications en masse vise à collecter des renseignements extérieurs, à détecter de manière précoce des cyberattaques, à lutter contre le terrorisme ou à être utilisée à des fins de contre-espionnage. Par conséquent, tout en reconnaissant la nécessité d'encadrer les mesures, la Cour tente de ménager les États en admettant entre les lignes le caractère exceptionnel des mesures de surveillance.

## 2 - Une large marge d'appréciation reconnue aux États

La reconnaissance de la marge d'appréciation dont bénéficient les États dans le domaine de l'interception en masse des communications dans les arrêts *Big Brother Watch* et *Centrum För Rättvisa* est certainement le point qui interpelle le plus dans le raisonnement de la Cour. En effet, la contestation de l'existence de la marge d'appréciation des États parties à la Convention EDH constituait par ailleurs le point de départ du raisonnement des requérants. Or, rappelant « *la prolifération des menaces que font aujourd'hui peser sur les États des réseaux d'acteurs internationaux* » et « *l'existence de technologies sophistiquées qui peuvent permettre à ces acteurs d'échapper à la détection* », le juge européen considère que la décision de recourir à l'interception de communications en masse relève bien de leur marge d'appréciation. Enfin, il reconnaît que sa jurisprudence antérieure, concernant principalement les surveillances ciblées, doit être actualisée et nécessite un ajustement pour tenir compte des particularités des interceptions en masse. En effet, certaines communications sont échangées par des personnes se trouvant hors de la compétence territoriale de l'État et ne peuvent par conséquent pas être contrôlées par d'autres formes de surveillance. Le système suédois exclut par exemple ainsi les interceptions de masse de données si l'expéditeur et le destinataire se trouvent sur le territoire national.

Alors que traditionnellement la marge d'appréciation des États sur le terrain de l'article 8 est réduite, la Grande Chambre affirme sans ambiguïté, que dans le domaine de l'interception des communications fondées sur des considérations de sécurité, la Cour reconnaît que les autorités nationales « *disposent d'une ample marge d'appréciation pour choisir les moyens de sauvegarder au mieux la sécurité nationale* »<sup>59</sup>. Le juge européen choisit ainsi de se positionner sur le terrain de la sécurité nationale et non sur celui de l'atteinte que les interceptions de communications en masse peuvent porter à la vie privée.

---

<sup>59</sup> CEDH, *Big Brother Watch*, préc., §338; CEDH, *Centrum för Rättvisa*, préc., §252.

Malgré la validation du recours aux interceptions en masse, la Cour rappelle que la large marge d'appréciation dont bénéficient les États n'exclut pour autant pas son contrôle. En essayant de fixer les garanties adéquates et effectives contre les risques d'abus dont le système de surveillance secrète est potentiellement porteur, la Cour s'évertue à trouver un juste équilibre entre les impératifs de sécurité nationale et le respect de la vie privée.

### ***B - La délimitation du cadre conventionnel de surveillance de masse***

Dans le domaine de la surveillance secrète, la conciliation d'intérêts contradictoires, à savoir, la sécurité nationale d'une part et le droit au respect de la vie privée d'autre part, peut s'avérer particulièrement délicate. Celle-ci implique le respect d'un certain nombre de garanties fondamentales qui visent à protéger des individus contre les mesures arbitraires et doivent être clairement traduites dans la législation nationale (1). Parmi les critères retenus, celui du contrôle par un organe indépendant demeure toujours important dans l'appréciation de la Cour (2).

#### *1 - L'exigence d'un cadre juridique précis*

La Cour interprète strictement les exceptions prévues et impose le fait que toute ingérence doit être justifiée de manière convaincante<sup>60</sup>. Si la Cour a toujours validé dans son principe la pratique des autorités nationales refusant l'accès intégral aux informations détenues par la sûreté et censées demeurer secrètes<sup>61</sup>, elle a toutefois insisté en parallèle sur l'obligation d'un contrôle en droit interne. L'intensité des garanties offertes aux individus touchés par différentes mesures de surveillance et de contrôle varie en fonction du type d'intrusion, du support utilisé ou encore en fonction de « *la nature du droit en cause garanti par la Convention, {de} son importance pour la personne concernée, {et de} la nature de l'ingérence* »<sup>62</sup>. En outre, les interceptions opérées par les services de renseignement sont souvent autorisées par l'exécutif sur le fondement d'actes réglementaires non publics<sup>63</sup>. Ce faisant, toute législation nationale relative à la mémorisation des données et à leur utilisation doit fournir « *une protection adéquate contre l'arbitraire* » en définissant notamment avec une « *netteté suffisante* » les modalités de leur utilisation par les autorités<sup>64</sup>. Directement liée au principe phare de la

<sup>60</sup> CEDH, 25 fév. 1993, n°12661/87, *Miaillhé c/France (n°1)*, §36.

<sup>61</sup> CEDH, *Leander, préc.*, §66.

<sup>62</sup> CEDH, 22 déc. 2015, n°28601/11, *G.S.B. c/Suisse*, §93.

<sup>63</sup> CEDH, 21 juin 2011, *Shimovolos c/Russie*, n°30194/09, §68.

<sup>64</sup> CEDH, 2 août 1984, *Malone c/Royaume-Uni*, n°8691/79, §82.

prééminence du droit, l'exigence de la protection contre l'arbitraire est primordiale concernant la collecte de renseignements par les services secrets, qui, par sa nature même, est volontairement opaque puisque protégée par des impératifs de sûreté. La législation britannique a sur cette base déjà été sanctionnée par la Cour au motif que le pouvoir d'appréciation des autorités nationales, concernant l'interception et l'analyse des communications en provenance de l'étranger, n'avait pas défini, avec suffisamment de clarté, les limites du pouvoir d'appréciation desdites autorités<sup>65</sup>.

De manière constante, la Cour exige que les législations nationales offrent un cadre législatif précis lorsque la prévention des infractions pénales implique l'adoption de mesures attentatoires à la vie privée. En effet, « *consciente du danger (...) de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre* », la Cour affirme que les États « *ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée* »<sup>66</sup>. Si l'interception en masse des communications peut être compatible avec la Convention, la double condition de satisfaire à la fois à la prévisibilité et la nécessité des mesures reste un prérequis. La Cour insiste ainsi sur le fait qu'elle vérifie « *en même temps* » que la mesure était « *prévue par la loi* » et que celle-ci était bel et bien « *nécessaire* »<sup>67</sup>.

La jurisprudence antérieure en matière d'écoutes téléphoniques classiques ou en matière d'interceptions des communications de téléphonie mobile avait notamment insisté sur la prévisibilité de la loi, indiquant l'étendue des pouvoirs dont jouissent les pouvoirs publics en la matière<sup>68</sup>. Pour apprécier la conventionalité d'un régime d'interception en masse, la Cour doit pouvoir apprécier globalement son fonctionnement à l'aune de huit critères qu'elle énumère explicitement : motifs autorisant l'interception en masse, circonstances dans lesquelles les communications peuvent être interceptées, procédure d'octroi d'une autorisation, procédures à suivre pour la sélection, l'examen et l'utilisation des éléments interceptés, précautions prises pour communiquer les éléments à l'autre partie, limites concernant la durée de l'interception et la conservation des données, procédures et modalités de supervision ou encore procédures de contrôle indépendant *a posteriori*. Par ailleurs, les mêmes garanties doivent s'appliquer à l'interception, la conservation et le contenu des communications<sup>69</sup>. La Cour insiste notamment sur un point fondamental, à savoir, le fait que l'interception en masse « *est un processus graduel*

---

<sup>65</sup> CEDH, 1<sup>er</sup> juil. 2008, n°58243/00, *Liberty et al. c/Royaume-Uni*.

<sup>66</sup> CEDH, *Klass*, préc., §49.

<sup>67</sup> CEDH, *Big Brother Watch*, préc., §334 et CEDH, *Centrum för Rättvisa*, préc., §248.

<sup>68</sup> CEDH, *Klass*, préc., §56; CEDH, 24 avr. 1990, n°11801/85, *Kruslin c/France*, GACEDH n°5, §33 ou CEDH, *Roman Zakharov*, préc., §269.

<sup>69</sup> CEDH, *Big Brother Watch*, préc., § 360-363 et CEDH, *Centrum för Rättvisa*, préc., §§275-276.

*dans lequel l'intensité de l'ingérence (...) augmente au fur et à mesure que le processus avance »<sup>70</sup>.*

En l'occurrence, la législation britannique à travers le « Regulation of Investigatory Powers Act » de 2000, remplacé en 2016 par l'Investigatory Powers Act, interdisait l'interception de communications par principe et soumettait tout recours à cette technique à une autorisation préalable du ministre. Plusieurs aspects de la loi britannique sont validés dans l'analyse de la Cour : les circonstances de l'interception, les procédures de sélection, la communication des informations aux parties tiers, la durée de conservation ou encore l'existence d'un contrôle pertinent. En ce qui concerne la législation suédoise, celle-ci est jugée comme étant fondée sur des règles juridiques détaillées, clairement définies et offrant des garanties contre l'arbitraire. La Cour arrive toutefois à la conclusion que ces deux régimes contenaient des « lacunes fondamentales ». Le système britannique enfreint en effet la Convention en raison de l'absence d'autorisation indépendante, précisant notamment les catégories des sélecteurs<sup>71</sup> pouvant être utilisées. L'analyse opérée sur le terrain de l'article 8 conserve sa pertinence et conduit au même constat de violation de l'article 10 concernant le régime de l'interception en masse. Le système suédois est lui épinglé quant à l'absence de règles claires concernant la destruction des éléments interceptés, l'absence de prise en compte suffisante de la vie privée dans le partage des renseignements avec les partenaires étrangers et surtout quant à l'absence d'un contrôle effectif.

## *2 - L'exigence d'un contrôle effectif, un élément constant d'équilibre*

La position adoptée par la Cour européenne en matière de fichiers de police est clairement médiane. La démarche du juge européen semble vouloir être avant tout pragmatique en ménageant l'efficacité des investigations menées et la proportionnalité des ingérences dans la vie privée des individus. En effet, l'ingérence de l'exécutif dans le droit des individus doit être soumise à un « contrôle efficace », de préférence assuré par le juge judiciaire. Dans les arrêts *Big Brother Watch* et *Centrum För Rättvisa*, la Cour européenne reprend la formule consacrée déjà dans l'arrêt *Klass*, en estimant que « *dans un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels (...) il est en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge, car le pouvoir judiciaire offre de meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité*

---

<sup>70</sup> CEDH, *Centrum för Rättvisa*, préc., §239.

<sup>71</sup> Les sélecteurs sont des outils servant à la spécification ou à la découverte des cibles de surveillance.

*et de procédure régulière* »<sup>72</sup>. Ce contrôle devient ainsi une condition de la conventionnalité des mesures de surveillance dans la mesure où celles-ci sont ordonnées à l'insu de l'intéressé. L'encadrement procédural et le contrôle, effectué par le juge interne ou par un organe indépendant, sont ainsi primordiaux et apparaissent comme des éléments d'un équilibre souhaité par la Cour européenne. Cette dernière insiste également, dans les affaires sous commentaire, sur le fait que toute personne soupçonnant de faire l'objet d'une interception de ses communications doit disposer d'un recours effectif. Ce dernier doit lui permettre de contester la légalité de l'interception, notamment au regard du texte conventionnel. Dans la mesure où, dans le système de l'interception de masse, la notification *a posteriori* des mesures aux individus concernées n'est pas pertinente, un recours effectif est considéré comme offrant les meilleures garanties de procédure régulière. Afin d'apprécier le caractère « effectif » d'un tel recours, le juge européen prend en compte les pouvoirs dont dispose l'autorité de contrôle et les garanties procédurales offertes. La Cour admet toutefois que l'organe de contrôle ne soit pas nécessairement judiciaire. Elle exige toutefois qu'il soit « *indépendant de l'exécutif, assure l'équité de la procédure et offre, dans la mesure du possible, une procédure contradictoire* ». Enfin, ces décisions doivent être motivées et juridiquement contraignantes afin de pouvoir ordonner, au besoin, la cessation d'une interception irrégulière<sup>73</sup>. L'absence d'un tel contrôle effectif justifie précisément le constat de violation dans l'affaire *Centrum För Rättvisa*. Concrètement, la Cour fustige un système « *dans lequel l'autorité saisie ne rend pas des décisions motivées communiquées aux intéressés* »<sup>74</sup>. Les procédures prévues (à savoir, la plainte au chancelier ou aux médiateurs) ne sont pas de nature à assurer un contrôle fiable des interceptions en masse.

Les solutions adoptées dans les affaires *Big Brother Watch* et *Centrum För Rättvisa* témoignent de la volonté de la Cour d'aboutir à une certaine stabilisation de ses lignes directrices. Le Conseil d'État français a validé le 21 avril 2021 la conservation générale et indifférenciée des données de connexion<sup>75</sup> validant ainsi le système français de surveillance numérique. En attendant, la loi française du 24 juillet 2015, relative au renseignement, demeure toujours pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> CEDH, *Klass, préc.*, §55 ; CEDH, *Zakharov, préc.*, §233 ; CEDH, *Big Brother Watch*, §336 et CEDH, *Centrum för Rättvisa, préc.*, §250.

<sup>73</sup> CEDH, *Big Brother Watch*, §358-359 et CEDH, *Centrum för Rättvisa, préc.*, §273.

<sup>74</sup> CEDH, *Centrum för Rättvisa, préc.*, §361.

<sup>75</sup> CE, 21 avr. 2021, n°393099, *French data network et al.*

<sup>76</sup> Plusieurs affaires ont en effet été communiquées au gouvernement français et sont actuellement pendantes – cf. CEDH, affaire communiquée, *Association confraternelle de la presse judiciaire c. France*, (n°49526/15 et 11

---

autres affaires pendantes) ; CEDH., affaire communiquée, *Follorou c. France*, (n°30635/17) ou encore CEDH, affaire communiquée, *Johannes c. France*, (n°30636/17).