

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 220v8



par

Joël

ANDRIANTIMBAZOVINA

Agrégé des facultés de droit, professeur à la faculté de droit de Toulouse, université Toulouse 1 - Capitole, doyen honoraire de la faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de La Rochelle

L'essentiel

Cette livraison porte sur les mois de janvier, février et mars 2015. Concernant les droits procéduraux, l'utilisation du rapport d'une commission parlementaire d'enquête dans les poursuites pénales, le droit à un recours effectif dans l'exécution des décisions de justice en matière de droit de visite, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale sont mis en avant. Concernant les droits substantiels, ont été privilégiés d'abord des arrêts portant sur le droit au respect de la vie privée dans les domaines des médias, de la gestion pour autrui, du transsexualisme et de la publicité. Ensuite, les obligations de protéger la vie dans les hôpitaux, le droit au respect de la dignité humaine dans le domaine des prélèvements de tissus et des transplantations d'organes, l'application de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants au règlement Dublin en matière d'asile sont mis en lumière.

PLAN

I. PROCÉDURE DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE

L'HOMME..... (néant)

II. LES DROITS PROCÉDURAUX..... p. 16

A. Le droit à un procès équitable p. 16

B. Le droit à un recours effectif..... p. 17

C. Les grands principes de la loi

pénale p. 18

III. LES DROITS SUBSTANTIELS..... p. 19

(...)

II. LES DROITS PROCÉDURAUX

A. Le droit à un procès équitable

Les éléments d'un rapport d'une commission parlementaire d'enquête peuvent servir comme fondements non exclusifs de poursuites pénales 221w5

L'essentiel L'arrêt *Corbet* précise les conditions dans lesquelles les éléments d'un rapport d'une commission parlementaire d'enquête peuvent être utilisés dans une poursuite pénale, en conformité avec l'article 6 de la Convention.

CEDH, 19 mars 2015, n°s 7494/11, 7493/11 et 7989/11, Corbet et a. c/ France

Note

Cette affaire porte sur les poursuites pénales contre les requérants qui furent impliqués dans un détournement d'actifs au sein de la compagnie de transport aérien Air Liberté avant le placement en liquidation judiciaire de celle-ci.

Peu de temps après le placement en liquidation judiciaire de la compagnie Air Liberté, le ministère public ouvrit une

enquête préliminaire portant sur des soupçons de détournement d'actifs au sein d'Air Liberté. Moins d'un mois après, l'Assemblée nationale créa une commission d'enquête parlementaire pour faire la lumière sur les causes économiques et financières de la faillite d'Air Liberté. Après avoir entendu sous serment les requérants, la commission d'enquête conclut à un enrichissement important des intéressés « dans des conditions auxquelles la justice pourrait s'intéresser. » Le rapport fut transmis au procureur de la République de Paris.

M. Corbet sera placé en garde à vue pendant quarante-huit heures. Il ne fut pas relâché immédiatement, attendant sa mise en examen intervenue plus de cinq heures après la fin de sa garde à vue. L'ensemble des requérants sera condamné par les tribunaux à diverses peines pour recel d'abus et de biens sociaux.

La Cour a condamné la France pour violation de l'article 5, § 1, de la Convention, droit à la liberté et à la sûreté, en

raison de la détention sans base légale de M. Corbet entre la fin de sa garde à vue et sa mise en examen.

La Cour a rejeté comme manifestement mal fondés les griefs tirés de la violation du droit à un procès équitable et du droit à la présomption d'innocence.

Ce rejet ne signifie pas qu'à l'avenir il serait improductif de soulever la contrariété avec l'article 6, § 1 et l'article 6, § 2, de la Convention de l'utilisation dans une poursuite pénale des éléments du rapport d'une commission parlementaire d'enquête.

En effet, la Cour souligne que « l'impossibilité pour les personnes appelées à comparaître devant une telle commission d'invoquer le respect de ces droits pour éviter de répondre à des questions qui pourraient les conduire à s'auto-incriminer est en soi problématique au regard de l'article 6, § 1, de la Convention » (§ 33). En effet, l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires punit de deux ans d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende le refus de comparaître, de prêter serment ou de répondre aux questions de la commission. Dans la mesure où la jurisprudence de la Cour considère le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination comme étroitement lié au droit à la présomption d'innocence ⁽¹⁾, les dispositions concernées

de cette ordonnance s'apparentent à une contrainte de s'auto-incriminer.

La Cour transpose sa jurisprudence relative au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination à l'utilisation d'un rapport d'une commission parlementaire d'enquête dans un procès pénal. Les déclarations obtenues par des moyens de contraintes non constitutifs de traitements contraires à l'article 3 de la Convention n'affectent l'équité de la procédure que si elles ont eu un impact sur le verdict ou sur la peine ⁽²⁾. La Cour ajoute des critères supplémentaires en vérifiant que le rapport n'a été utilisé que de manière secondaire pour l'établissement du contexte factuel de l'affaire, que le rapport n'était pas le support exclusif des poursuites, que les déclarations des requérants devant la commission étaient utilisées de manière à les incriminer, que le juge du fond ne s'était pas basé sur des déclarations spécifiques pour conclure à leur culpabilité ou à fixer leur peine.

En définitive, grâce à la jurisprudence européenne, les futurs requérants se trouvant dans la même situation que M. Corbet et autres peuvent toujours tenter d'apporter la preuve d'une exploitation par l'autorité judiciaire et les juridictions judiciaires d'un rapport d'une commission parlementaire d'enquête pour influencer le verdict ou la peine prononcée.

(1) CEDH 17 déc. 1996, n° 19187/91, § 68, Saunders c/ Royaume-Uni.

(2) CEDH, gde ch., 1^{er} juin 2010, n° 22978/05, § 178 et 180, Gäfgen c/ Allemagne.

B. Le droit à un recours effectif

Le père d'un enfant né hors mariage doit disposer d'une procédure effective pour obtenir l'exécution des décisions judiciaires lui accordant le droit de rendre visite à son enfant ^{221w7}

L'essentiel L'arrêt *Kuppinger* rappelle que l'absence d'une voie de recours effective et efficace pour accélérer le droit de visite d'un père à l'égard de son enfant né hors mariage constitue une violation de l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention.

CEDH, 15 janv. 2015, n° 62198/11, Kuppinger c/ Allemagne

Note

Dans cette affaire, M. Kuppinger, père d'un enfant hors mariage né en 2003, a contesté la durée excessive de la procédure qu'il a engagée pour faire exécuter des jugements qui lui octroyaient le droit de rendre visite à son enfant. Il se plaignait aussi de la faiblesse d'une amende de 300 € infligée à la mère de l'enfant pour s'être opposée au droit de visite et à l'absence d'un recours efficace pour accélérer la procédure. Il invoquait à cet égard le droit au respect de la vie familiale normale (Conv. EDH, art. 8) et le droit à un recours effectif devant une instance nationale (Conv. EDH, art. 13). À l'unanimité, la Cour a considéré que l'Allemagne a violé le droit à un recours effectif combiné avec l'article 8 pour n'avoir pas adopté des mesures pour rendre effective l'exécution de

l'ordonnance donnant le droit de visite au requérant, et pour n'avoir pas mis à disposition un recours permettant à la fois la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du jugement concerné et l'accélération de la procédure du droit de visite.

Cet arrêt confirme une jurisprudence exigeante à l'égard des États concernant la lutte contre la durée excessive d'une procédure interne. En l'occurrence, les États adhérents doivent disposer, ou le cas échéant mettre en place, de recours « efficaces » au sens de l'article 13 de la Conv. EDH ⁽¹⁾. Les critères de l'efficacité sont l'empêchement de la violation alléguée ou de sa poursuite et la fourniture d'une réparation adéquate si la violation est déjà consommée (§ 137) ⁽²⁾. Concernant toute procédure dont la longueur a des conséquences importantes sur la vie familiale du requérant, la Cour développe une jurisprudence rigoureuse qui implique l'obligation pour les États d'instituer des recours à la fois préventifs et compensa-

(1) CEDH, gde ch., 26 oct. 2000, n° 30210/96, Kudla c/ Pologne : F. Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, 2015, 7^e éd., commentaire n° 40.

(2) CEDH, gde ch., 11 sept. 2002, n° 57220/00, § 17, Mifsud c/ France.

toires ⁽³⁾. Une procédure indemnitaire *a posteriori* n'est pas suffisante car elle risque de rendre purement théorique et illusoire l'obligation positive des États de prendre des

mesures adéquates pour garantir le droit du requérant au respect de la vie familiale, à travers le droit de visite dans l'affaire en cause.

(3) CEDH, 22 avr. 2010, n° 4824/06 et 15512/08, § 48, *Macready c/ République tchèque* – CEDH, 27 oct. 2011, n° 8857/08, § 45-46, *Bergmann c/ République tchèque*.

C. Les grands principes de la loi pénale

Une condamnation pénale sur la base d'une nouvelle loi qui couvre des agissements antérieurs à celle-ci mais constitutifs d'infraction continuée n'est pas contraire au principe de non-rétroactivité de la loi pénale ^{221w9}

L'essentiel L'arrêt *Rohlena* précise les conditions dans lesquelles une nouvelle infraction introduite par la loi s'applique à des faits antérieurs à cette loi sans violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale dès lors que ces faits sont constitutifs d'une infraction pénale continuée.

CEDH, gde ch., 27 janv. 2015, n° 59552/08, *Rohlena c/ République tchèque*

Note

Entre 2000 et février 2006, M. Rohlena maltraitait son épouse lorsqu'il était sous l'emprise de l'alcool ; il battait également ses enfants. En 2007, il sera jugé coupable par le tribunal municipal de Brno pour « maltraitance sur personne vivant sous le même toit », une infraction introduite dans le Code pénal tchèque par une loi du 1^{er} juin 2004. Il sera condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis assorti d'un délai d'épreuve de cinq ans, d'une surveillance et de traitement antialcoolique. Cette condamnation concerne l'ensemble de ses actes commis pendant la période 2000 à 2006. Dans les dispositions du Code pénal en vigueur avant la loi du 1^{er} juin 2004, les actes concernés étaient constitutifs de « violences contre un individu ou un groupe d'individus » et de « coups et blessures ».

Débouté de tous les recours internes, y compris devant la Cour constitutionnelle, M. Rohlena a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme. Il estimait que sa condamnation violait le principe de non-rétroactivité de la loi pénale et le principe de rétroactivité de la loi pénale la plus douce ⁽¹⁾. Selon lui sa condamnation visait des agissements commis avant la loi de 2004 et alourdissait sa peine. Dans un arrêt du 18 avril 2013, une chambre de la Cour n'a pas constaté une violation de l'article 7, § 1, de la Convention. Elle prenait acte de l'interprétation du droit

pénal tchèque par les tribunaux internes ; ces derniers considérant que les violences commises par le requérant sur son épouse étaient constitutives d'une infraction continue, et que la condamnation n'était pas constitutive d'une application rétroactive de la loi. Sur le fond, l'arrêt renvoyé par le requérant devant la grande chambre est confirmé par cette dernière, à l'unanimité. La grande chambre a basé son raisonnement sur deux motifs. *Primo*, les agissements du requérant étaient constitutifs d'une infraction définie de façon suffisamment prévisible par le droit et les tribunaux internes (§ 64). *Secundo*, l'appréciation des agissements antérieurs du requérant sous l'angle de la nouvelle loi pénale n'a pas entraîné la fixation d'une peine plus forte à l'encontre du requérant (§ 69).

Ces précisions sont bienvenues.

En effet, dans sa jurisprudence antérieure, si la Cour a admis la compatibilité avec l'article 7 de la Convention de l'application d'une loi nouvelle à une infraction continue résultant des méfaits antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi, elle a exigé au nom du principe de sécurité juridique que « les actes constitutifs de cette infraction, qui mettent en jeu la responsabilité de l'intéressé, soient clairement énoncés dans l'acte d'accusation » ⁽²⁾. De plus, « la décision rendue par le juge interne doit elle aussi préciser que le verdict de culpabilité et la peine reposent sur le constat que l'accusation a établi l'existence des éléments constitutifs d'une infraction continue » ⁽³⁾.

Au-delà même de la confirmation de la compatibilité avec l'article 7 des agissements constitutifs d'infraction continue, l'arrêt *Rohlena* met en évidence l'importance du principe de subsidiarité judiciaire. Il appartient aux autorités nationales, notamment le législateur et les juridictions, de garantir effectivement le principe de légalité des délits et des peines. Elles doivent veiller à la clarté et à la prévisibilité de la loi pénale. Pour sanctionner les infractions continues, elles doivent également veiller à ne pas infliger une peine plus lourde que dans la loi antérieure. La Cour vérifie « seulement » la cohérence du droit interne et du raisonnement des juridictions nationales.

(1) Si l'article 7 de la Convention prohibe explicitement la rétroactivité de la loi pénale, il ne mentionne pas le principe de rétroactivité de la loi pénale la plus douce. Par voie d'interprétation jurisprudentielle, la Cour européenne a intégré ce dernier principe dans l'article 7 de la Convention (CEDH, gde ch., 17 sept. 2009, n° 10249/03, § 106 et § 109, *Scoppola c/ Italie*). Pour une synthèse de la jurisprudence de la Cour sur l'article 7 de la Convention, voir CEDH, gde ch., 21 oct. 2013, n° 42750/09, § 77-99, *Del Rio Prada c/ Espagne*.

(2) CEDH, 27 févr. 2001, n° 29295/95 et 29963/95, § 33, *Ecer et Zeyrek c/ Turquie*.

(3) *Ibid.*

III. LES DROITS SUBSTANTIELS

Le refus de prise en charge médicale d'urgence par les hôpitaux publics d'un nouveau-né ayant entraîné le décès de celui-ci constitue une violation du droit à la vie (Conv. EDH, art. 2) ^{221x1}

L'essentiel L'arrêt *Asiye Genç* rappelle les obligations positives, substantielles et procédurales, de l'État de protéger la vie dans le domaine de la santé et dans la mise en œuvre des politiques publiques de santé.

CEDH, 27 janv. 2015, n° 24109/07, *Asiye Genç c/ Turquie*

Note

M^{me} Asiye Genç accoucha par césarienne d'un enfant prématuré dans un hôpital public. Victime d'une détresse respiratoire après la naissance, et en raison de l'absence d'une unité néonatale dans l'hôpital concerné, le nouveau-né va être transféré en pleine nuit dans un premier hôpital situé à 110 kilomètres. Ce dernier refusa son admission pour manque de place dans le service de néonatalogie. Le nouveau-né sera transféré alors dans un centre médicochirurgical et obstétrical qui refusa à son tour de l'accueillir au motif de l'absence de couveuse disponible. Le nourrisson sera redirigé à nouveau vers l'hôpital public qui refusa l'admission. Le nouveau-né décéda dans l'ambulance.

Conformément à une jurisprudence classique sur le droit à la vie, la Cour européenne des droits de l'Homme condamne la Turquie pour avoir manqué à ses obligations substantielles et procédurales de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la vie ⁽¹⁾.

L'arrêt *Asiye Genç* confirme l'application de ses obligations dans le domaine de la santé publique et des politiques publiques de santé ⁽²⁾. En effet, « les actes et les omissions

des autorités dans le cadre des politiques publiques de santé, peuvent, dans certaines circonstances, engager leur responsabilité sous l'angle de l'article 2 » (§ 67). Il est du devoir de l'État d'établir une réglementation destinée à assurer un haut niveau de compétence chez les professionnels de santé et imposant à tous les hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures de protection de la vie des malades. Cette protection de la vie implique également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant apte à mener une enquête effective pour établir les causes d'un décès et éventuellement déterminer la responsabilité des professionnels de santé. Ces derniers devant, le cas échéant, répondre de leurs actes.

Concrètement, l'arrêt *Asiye Genç* se situe dans la lignée des arrêts de la Cour qui exigent de l'État de maintenir un bon équipement matériel, un personnel compétent et rigoureux, une bonne organisation et une bonne coordination du système de santé et notamment des hôpitaux ⁽³⁾. En cas de décès suspect, cette jurisprudence exige aussi des autorités de ne pas attendre une plainte ou un recours de la famille de la victime. Les autorités doivent spontanément et promptement déclencher une enquête officielle et indépendante pour déterminer les causes du décès et les éventuelles responsabilités, et sanctionner les responsables. La progression de cette enquête doit être accessible au public.

(1) CEDH, gde ch., 28 oct. 1998, n° 23452/94, *Osman c/ Royaume-Uni* : *Les grands arrêts de la CEDH*, op.cit., commentaire n° 12.

(2) CEDH, gde ch., 17 janv. 2002, n° 32967/96, § 49, *Celvelletti et Ciglio c/ Italie*.

(3) CEDH, 9 avr. 2013, n° 13423/09, *Mehmet Sentürk et Bekir Sentürk c/ Turquie* : JCP G, 2013, 510, obs. G. Gonzalez : violation de l'article 2 en raison de l'incurie du personnel médical et du grave dysfonctionnement du système de santé dans le décès d'une patiente enceinte ballotée entre plusieurs centres hospitaliers.

Le prélèvement de tissus sur le corps d'un défunt sans le consentement et à l'insu d'une proche de celui-ci constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention ^{221x3}

L'essentiel L'arrêt *Elberte* souligne l'importance du principe de la dignité humaine dans le domaine du prélèvement de tissus et de transplantation d'organes. Ce principe implique de traiter avec respect le corps humain, y compris celui d'un défunt. Il rappelle aussi que la législation relative au consentement du défunt et de ses proches doit être claire.

CEDH, 13 janv. 2015, n° 61243/08, *Elberte c/ Lettonie*

Note

À l'occasion d'une enquête pénale relative à des prélèvements d'organes et de tissus pratiqués illégalement sur des cadavres, M^{me} Elberte apprit qu'un tel prélèvement de tissus a été réalisé sur son défunt mari deux ans auparavant. Elle a découvert alors que des tissus furent prélevés sur le corps de son mari pour être envoyés dans un laboratoire pharmaceutique en Allemagne en vue de la fabrication de bio-implants. Ces derniers devaient ensuite être renvoyés en Lettonie pour être transplantés sur des patients. Elle n'en avait pas été informée. Par la force des choses, elle n'a pas donné son consentement.

Sur ce dernier point, la Cour confirme une jurisprudence rendue déjà dans une affaire concernant la Lettonie ⁽¹⁾. En vertu de l'article 8 de la Convention, l'individu doit être protégé contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. De manière générale, et cela vaut dans le domaine particulier des prélèvements de tissus et de transplantation d'organes, le droit national doit indiquer avec suffisamment de clarté la portée du pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités compétentes. Il en est ainsi des conditions et des circonstances dans lesquelles doit être recueilli par les experts médicaux le consentement des proches. En l'espèce, le désaccord entre les autorités nationales elles-mêmes sur l'expression du souhait de la veuve et sur la portée de l'obligation de recueillir le consentement des proches témoigne du manque de clarté de la législation nationale et donc de l'insuffisance de garanties contre l'arbitraire.

Cette jurisprudence devrait attirer l'attention du législateur français et des juridictions françaises sur l'exigence de clarté et de prévisibilité en matière de prélèvement de tissus, de don et de transplantation d'organes.

(1) CEDH, 24 juin 2014, n° 4605/05, Petrova c/ Lettonie.

Mais l'apport principal de l'arrêt *Elberte* concerne l'application de l'interdiction du traitement inhumain et dégradant au corps d'une personne décédée. S'appuyant sur le principe de dignité humaine, et se référant notamment à la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine et son protocole sur la transplantation ⁽²⁾, la Cour juge : « Dans le domaine particulier de transplantation d'organes et de tissus, il a été reconnu que le corps humain doit toujours être traité avec respect même après la mort » (§ 142). Le traitement est considéré comme dégradant quand il humilie l'individu et montre un manque de respect de la dignité humaine. Le caractère dégradant d'un prélèvement de tissus est évalué à l'aune de la souffrance des proches, de l'incertitude concernant les actes accomplis sur le cadavre et de la nature intrusive de ces actes, de l'angoisse que cet ensemble provoque chez le proche.

Cet arrêt apporte un cadre bienvenu à une pratique d'actes sensibles.

(2) Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, du 4 av. 1997, dite aussi Convention d'Oviedo.

Irrecevabilité d'une requête d'un demandeur d'asile célibataire somalien, en pleine possession de ses moyens, contre une décision de renvoi le concernant des Pays-Bas vers l'Italie ^{221x5}

L'essentiel La décision *A.M.E c/ Pays-Bas* atténue la portée de l'arrêt *Tarakhel c/ Suisse* du 4 novembre 2014. Elle précise notamment que le système et la structure de l'accueil des demandeurs d'asile en Italie ne constituent pas en eux-mêmes des facteurs de non-renvoi de ces derniers vers cet État.

CEDH, 5 févr. 2015, n° 51428/10, A.M.E c/ Pays-Bas

Note

A.M.E, demandeur d'asile de nationalité somalienne, né en 1994, est entré en Italie en 2008. Il quitta l'Italie vers les Pays-Bas où il a demandé l'asile en niant par ailleurs avoir ce statut en Italie. Après diverses péripéties, conformément au règlement Dublin, les autorités néerlandaises envisagèrent de renvoyer A.M.E vers l'Italie. L'intéressé a contesté la décision de renvoi en arguant des risques de mauvais traitements constitutifs de violation de l'article 3 de la Convention en Italie en raison des mauvaises conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays.

Il est vrai que l'arrêt *Tarakhel c/ Suisse*, du 4 novembre 2014 ⁽¹⁾, pouvait donner quelques espoirs de non-renvoi vers l'Italie. Dans cette affaire, la Cour avait considéré

qu'en raison de doutes sur le bon fonctionnement et sur la capacité d'accueil de l'Italie à l'égard d'une famille avec enfants, l'absence d'assurance individuelle fournie par l'Italie à la Suisse quant aux bonnes conditions d'accueil, était constitutive d'une violation de l'article 3 de la Convention si le renvoi était effectué.

En déclarant irrecevable la requête d'A.M.E, la Cour nuance l'impression de mise en cause du bon fonctionnement du système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie, même si la Cour met en exergue la différence entre ici un célibataire en pleine santé, qui de surcroît a menti aux autorités sur son âge et sur son statut en Italie, et là une famille avec des enfants. Il reste que la décision *A.M.E* prend la peine de préciser que la structure et le système d'accueil des demandeurs d'asile en Italie ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle au renvoi de demandeurs d'asile vers cet État.

La Cour européenne des droits de l'Homme semble être consciente des effets pervers d'une application systématique de la jurisprudence *Tarakhel* aux contentieux du règlement Dublin. Compte tenu de l'atteinte que cette jurisprudence porte au principe de confiance mutuelle dans le système Dublin, gageons qu'elle en fera un usage prudent et mesuré. Tel semble être le signal donné par la décision *A.M.E*.

(1) Gaz. Pal., 31 janv. 2015, p. 18, n° 210k1.

La divulgation dans la presse d'informations contenues dans un dossier d'enquête pénale est constitutive d'une violation du droit au respect de la vie privée 221x7

L'essentiel L'arrêt *Apostu* précise que l'État a l'obligation positive de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter la publication et la diffusion d'informations personnelles confidentielles et couvertes par le secret.

CEDH, 3 févr. 2015, n° 22765/12, *Apostu c/ Roumanie*

Note

Accusé de corruption, M. Apostu, ancien maire d'une ville roumaine, a été arrêté et mis en détention provisoire. Pendant la détention et avant le procès du requérant, des informations tirées du dossier de l'enquête pénale furent disséminées dans la presse. Certaines de ces informations extraites d'écoutes téléphoniques ne concernaient pas des faits ni des personnes liées à l'enquête. D'autres portaient sur des éléments de la vie privée du requérant.

Dans la mise en balance du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression et de communication, l'arrêt *Apostu* montre que le premier peut l'emporter sur la seconde.

L'arrêt *Apostu* complète la liste des limites à la diffusion dans la presse d'images ou d'informations concernant la vie privée d'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale. Ces limites ne sont pas cantonnées à l'interdiction de diffuser des photos prises par les autorités de police. Jusque-là, sont contraires l'article 8 de la Convention la publication d'une photographie prise par la police au moment de la constitution d'un dossier fiscal ou dans les

locaux de police ⁽¹⁾, la diffusion d'une photo d'un requérant lors d'un débat télévisé entre des membres du ministère public ⁽²⁾.

Dans l'affaire *Apostu*, la Cour rappelle que dans le cadre d'une enquête pénale, les éléments du dossier sont confidentiels ; que la préservation de cette confidentialité incombe à l'État. Celui-ci a une première obligation de prendre toutes les mesures efficaces nécessaires à la protection de cette confidentialité au nom du respect de la vie privée ⁽³⁾. Il en a une autre qui consiste à organiser convenablement ses services et à former le personnel afin d'empêcher les fuites ⁽⁴⁾.

De cet arrêt, il ressort qu'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale et victime de fuites dans la presse d'éléments de sa vie privée ou d'éléments n'ayant pas de lien avec l'enquête doit disposer de recours efficace pour faire cesser les fuites, et le cas échéant pour obtenir une compensation importante du préjudice subi. En tout état de cause, l'État peut engager sa responsabilité en vertu de l'article 8 de la Convention pour tout manquement à ses obligations de protéger la vie privée d'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale.

(1) CEDH, 11 janv. 2005, n° 50774/99, *Sciacca c/ Italie* – CEDH 24 fév. 2009, n° 42716/02, *Toma c/ Roumanie*.

(2) CEDH, 23 oct. 2008, n° 13470/02, *Khuzhin et a. c/ Russie*.

(3) CEDH, 17 juill. 2003, n° 25337/94, *Craxi c/ Italie*.

(4) CEDH, 10 déc. 2007, n° 69698/01, § 6, *Stoll c/ Suisse*.

Le refus de transcription d'un certificat de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui et n'ayant pas de liens génétiques avec les requérants viole l'article 8 de la Convention 221x9

L'essentiel L'arrêt *Paradiso et Campanelli* complète une jurisprudence complexe concernant l'attribution d'un certificat de naissance à un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger.

CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : JCP G 2015, 194, obs. F. Sudre

Note

Ayant des difficultés à avoir un enfant, un couple marié italien eut recours à la gestation pour autrui en Russie pour devenir parents. Utilisant le service d'une clinique spécialisée en matière de procréation médicalement assistée et d'une société russe spécialisée dans la conclusion de convention de gestation pour autrui, le couple put faire implanter dans l'utérus d'une mère porteuse deux embryons résultant d'une fécondation *in vitro* supposée réalisée avec le sperme du mari. À la naissance de l'enfant, les autorités russes établirent un certificat de

naissance indiquant le couple comme parents de l'enfant. En Italie, les autorités italiennes refusèrent d'enregistrer le certificat de naissance car les requérants furent accusés d'altération d'état civil et d'infraction à la loi sur l'adoption. Un test ADN ordonné par le tribunal révéla par ailleurs que l'enfant n'avait aucun lien génétique avec l'enfant contrairement à l'affirmation des parents. Il semblerait que la société russe précitée aurait acheté des embryons qu'elle a fait passer pour ceux du couple. Le tribunal éloigna l'enfant du couple et l'a placé en famille d'accueil. La délivrance d'un nouveau certificat de naissance déclarant l'enfant de parents inconnus et lui donnant un nouveau nom a été ordonnée par le tribunal.

Pour sortir de cet imbroglio, la Cour considère qu'ayant vécu six mois avec l'enfant le couple pouvait prétendre avoir noué avec lui une vie familiale garantie par l'article 8 de la Convention. La Cour a vu dans les mesures d'éloignement de l'enfant du couple et de placement de l'enfant en famille d'accueil une ingérence dans la vie familiale des

requérants. Si elle ne trouve pas déraisonnable le refus d'enregistrement du certificat de naissance établi par les autorités russes, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle a considéré toutefois que les mesures de séparation de l'enfant et du couple, le placement de l'enfant en famille d'accueil, l'attribution d'une nouvelle identité et d'un nouveau certificat de naissance n'ont pas ménagé un équilibre entre les intérêts en présence. La Cour semble avoir donné un poids particulier au fait que l'enfant est resté sans identité pendant deux ans et qu'il est important qu'il bénéficie de la citoyenneté et d'une identité.

Le raisonnement de l'arrêt *Paradiso et Campanelli* n'est pas d'une grande clarté. D'un côté, la Cour confirme que l'article 8 de la convention n'implique pas la reconnaissance

au profit des parents d'intention une filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger⁽¹⁾. De l'autre côté, elle condamne l'Italie pour violation de l'article 8 de la Convention tout en affirmant que ce constat de violation n'oblige pas l'État à remettre l'enfant aux requérants en raison des liens affectifs qu'il a pu nouer avec la famille d'accueil.

Il est temps que la Cour remette de l'ordre dans sa jurisprudence sur la gestation pour autrui.

(1) CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*.

Le refus d'une autorisation d'effectuer une opération chirurgicale de changement de sexe à une personne transsexuelle méconnaît le droit au respect de la vie privée 221yo

L'essentiel L'arrêt *Y.Y c/ Turquie* enrichit la jurisprudence européenne relative au transsexualisme en ouvrant la question de l'exigence préalable de stérilisation avant l'octroi d'une autorisation du recours à une opération chirurgicale de changement de sexe.

CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y.Y c/ Turquie* : B. Moron-Puech, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y. Y. c/ Turquie* du 10 mars 2015 » : La Revue des droits de l'homme, accessible en ligne sur : <http://revdh.revues.org/1076>

Note

Y.Y est une personne de sexe féminin qui se considère depuis son plus jeune âge comme une personne de sexe masculin. Elle a entamé une longue procédure en vue de sa reconversion sexuelle. Le droit turc lui permet tout à la fois d'obtenir un changement d'état civil et une opération chirurgicale de changement de sexe. Pour cette dernière, la législation exige la preuve préalable d'une incapacité définitive de procréer. Devant l'impossibilité pour le requérant d'apporter cette preuve, l'autorisation de l'opération chirurgicale lui a été refusée par les juridictions turques. Ayant connaissance de la saisine de la Cour européenne des droits de l'Homme, le tribunal de grande instance de Mersin lui a finalement accordé cette autorisation en mai 2013.

Malgré cette autorisation qui donne finalement satisfaction au requérant, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu la qualité de victime du requérant au sens de l'article 34 de la Convention car selon elle une mesure favorable au requérant ne suffit pas à lui enlever la qualité de victime. Pour cela, il faudrait que les autorités nationales reconnaissent explicitement ou en substance la violation et qu'elles la redressent et la réparent⁽¹⁾. Le jugement du tribunal qui accorde l'autorisation n'ayant pas reconnu la violation, la Cour européenne retient la qualité de victime du requérant.

Sur le fond, la Cour fonde le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels sur la dignité et la liberté de l'homme (§ 58). Ce droit garantit l'accès du requérant à l'opération chirurgicale de changement de sexe sans avoir à satisfaire à l'exigence préalable d'être dans l'incapacité définitive de procréer.

Si le constat de violation du droit au respect de la vie privée est très clair, le raisonnement de la Cour pour y parvenir l'est beaucoup moins.

Dans le contrôle de l'existence d'une base légale, de l'existence d'un but légitime et de la nécessité de l'ingérence des mesures étatiques litigieuses dans le droit au respect de la vie privée du requérant, la Cour n'est pas convaincue par les arguments du gouvernement turc concernant les motifs d'intérêt général justifiant l'exigence d'une incapacité définitive de procréer. En revanche, elle ne doute pas que le Gouvernement défendeur « tendait à un but légitime au sens du second paragraphe de l'article 8 et elle admet que ce type d'intervention puisse être soumis à une régulation et à un contrôle de l'État pour des motifs relevant de la protection de la santé. » (§ 79) La Cour ne va cependant pas au bout de son raisonnement sur ce point en préférant concentrer la suite de ses appréciations sur la nécessité de l'ingérence.

Sur ce plan, la Cour met l'accent sur l'existence d'une tendance internationale et européenne en faveur de la conversion sexuelle et du changement d'état civil des transsexuels. L'absence de consensus européen en la matière n'est pas décisive compte tenu du caractère continu de l'évolution de cette tendance. La Cour s'appuie sur la *soft law* du Conseil de l'Europe pour souligner cette évolution.

En effet, « dans son annexe à la Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a affirmé que les conditions préalables, y compris les modifications d'ordre physique, à la reconnaissance juridique d'un changement de genre devaient être régulièrement réévaluées afin de lever celles qui seraient abusives (...). Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans sa Résolution 1728 (2010) relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre,

(1) Par ex. CEDH, gde ch., 29 mars 2006, n° 36813/97, § 179-180, *Scordino c/ Italie*.

a appelé les États membres à traiter la discrimination et les violations des droits de l'homme visant les personnes transgenres et, en particulier, à garantir dans la législation et la pratique les droits de ces personnes à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale [...]. » (§ 110)

À noter d'ailleurs que le débat existe au sein de la Cour. Dans l'opinion concordante commune aux juges Keller et Spano, on trouve une étude serrée de droit international et européen et de la jurisprudence comparée de certaines juridictions constitutionnelles et suprêmes nationales qui sont défavorables à l'exigence de stérilisation définitive préalable à une opération chirurgicale de changement de sexe. Selon l'opinion concordante du juge Lemmens à laquelle se joint le juge Küris, la Cour « ne se prononce pas sur la compatibilité avec la Convention de l'incapacité définitive de procréer *entendue comme condition préalable*

à la reconnaissance juridique du changement de sexe, notamment pour les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle. » Frappé par le nombre important d'États qui fixent l'exigence préalable de l'incapacité définitive avant toute opération chirurgicale de changement de sexe d'une personne transsexuelle, le juge Lemmens avertit : « le présent arrêt ne saurait être interprété comme excluant définitivement l'exigence de l'incapacité définitive de procréer du contexte de la conversion sexuelle. Il faudra attendre une autre occasion pour que la Cour puisse approfondir la question. »

Dans un contexte de forte contestation de l'autorité de la Cour européenne des droits de l'Homme, ne supputons pas rapidement sur les éventuelles retombées de la jurisprudence de la Cour sur le droit national, même si la France doit répondre de cette question dans une affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme (A.P c/ France, n° 79885/12, communiquée au gouvernement français le 18 mars 2015).

L'utilisation non-consentie du prénom d'une personnalité publique dans une publicité satirique n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention ^{221y2}

L'essentiel Les arrêts *Bohlen* et *Von Hannover* font prévaloir la liberté d'expression d'une société commerciale sur le droit au respect de la vie privée de personnalités publiques dans l'utilisation non consentie du prénom de celles-ci.

CEDH, 19 févr. 2015, n° 53495/09, *Bohlen* c/ Allemagne - CEDH, 19 févr. 2015, n° 53649/09, *Von Hannover* c/ Allemagne

Note

Ces deux affaires concernent l'utilisation par la société British American Tobacco (Germany) GmbH du prénom d'un musicien et producteur artistique et celui d'un prince célèbre dans deux publicités humoristiques et satiriques en faveur d'une marque de cigarettes. Dans le premier cas, le prénom de M. Bohlen a été utilisé dans le cadre d'une publicité faisant allusion implicite à son livre dont certains passages ont été supprimés par décision de justice. Dans le second cas, le prénom de M. Von Hannover fut exploité pour vanter une marque de cigarette en faisant allusion implicite aux altercations du prince avec un cameraman et avec le gérant d'une discothèque.

Dans les deux affaires, à la différence des juridictions régionales et d'appel qui reconnaissent l'intérêt d'une licence fictive en faveur des requérants afin de protéger le volet patrimonial du droit à la protection de la personnalité contre l'utilisation non consentie de leurs prénoms à des fins commerciales, la Cour fédérale de justice refusa d'octroyer une licence fictive. Elle a privilégié la liberté d'expression de la société de tabac par rapport au droit à la protection de la personnalité des requérants, la première étant une liberté de valeur constitutionnelle, la seconde n'étant qu'une liberté de valeur législative.

La Cour européenne a jugé que la Cour fédérale de justice n'a pas failli à ses obligations positives de protéger le droit au respect de la vie privée des requérants découlant de l'article 8 de la Convention.

Les arrêts *Bohlen* et *Von Hannover* illustrent la large marge nationale d'appréciation reconnue à l'État en matière de protection de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels. La reconnaissance de l'effet horizontal de l'article 8 de la Convention implique certes des obligations positives de l'État de protéger la vie privée, mais dans la mise en œuvre de celles-ci, la Cour accorde une marge nationale d'appréciation étendue à l'État, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de mettre en balance le droit au respect de la vie privée avec la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention ⁽¹⁾.

Tout en soulignant les problèmes que soulève l'exploitation non-consentie du prénom d'une personnalité dans une réclame pour un produit commercialisé, ces arrêts confirment le recours grandissant de la Cour européenne des droits de l'Homme au principe de subsidiarité judiciaire ⁽²⁾. De la sorte, elle a tendance à accorder davantage de confiance aux juridictions nationales dans la mise en œuvre de la Convention.

Les affaires *Bohlen* et *Von Hannover* confirment aussi que la protection de la vie privée des personnalités publiques est moins étendue que celle d'un individu inconnu du grand public ⁽³⁾. Les critères de la mise en balance du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression favorisent une telle solution. L'interprétation de ces critères – à savoir la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, et le contenu, la forme et les répercussions de la publication – rend en effet plus difficile la protection d'une vie privée dont certains aspects sont facilement mis sur la place publique du fait même de la notoriété d'une personnalité publique.

(1) Voir not. CEDH, 7 févr. 2012, n° 40660/08, 60641/08, § 106, *Von Hannover* c/ Allemagne – CEDH, gde ch., 7 févr. 2012, n° 39954/08, § 87, *Axel Springer AG* c/ Allemagne.

(2) Voir à ce sujet F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Nemesis, Anthemis, 2014.

(3) CEDH 11 janv. 2005, *Sciacca* c/ Italie, préc.