

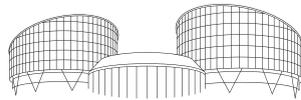
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2008-V



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

 WOLF LEGAL PUBLISHERS

Reports of Judgments and Decisions/Recueil des arrêts et décisions
Volume 2008-V

Published by/Publié par

Wolf Legal Publishers (WLP)
P.O. Box 313
5061 KA Oisterwijk
The Netherlands/Pays-Bas
info@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com/RJD

Printed on demand by CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, the Netherlands)
on FSC paper (www.fsc.org)
Imprimé sur demande par CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, Pays-Bas)
sur papier FSC (www.fsc.org)

ISBN: 978-9-462-40021-4

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013

The *Reports of Judgments and Decisions* is an official publication of the European Court of Human Rights containing a selection of key judgments and decisions of the Court with summaries prepared by the Registry. For the years 2007 and onwards the selection has been made by the Bureau¹ of the Court following a proposal by the Jurisconsult².

With the exception of decisions by single judges, all the Court's judgments and decisions, including those not published in this series, can be consulted online in the HUDOC database at <http://hudoc.echr.coe.int>.

Note on citation

The form of citation for judgments and decisions published in this series from 1 November 1998 follows the pattern: name of case (in italics), application number, paragraph number (for judgments), abbreviation of the European Court of Human Rights (ECHR), year and (for the years 1999 to 2007 inclusive) number of volume.

In the absence of any indication to the contrary the cited text is a judgment on the merits delivered by a Chamber of the Court. Any variation from that is added in brackets after the name of the case: "(dec.)" for a decision on admissibility, "(preliminary objections)" for a judgment concerning only preliminary objections, "(just satisfaction)" for a judgment concerning only just satisfaction, "(revision)" for a judgment concerning revision, "(interpretation)" for a judgment concerning interpretation, "(striking out)" for a judgment striking the case out, "(friendly settlement)" for a judgment concerning a friendly settlement. If the judgment or decision has been given by the Grand Chamber of the Court, "[GC]" is added after the name of the case or after the case description that appears in brackets.

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland, no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

Campbell v. Ireland (dec.) [GC], no. 45678/98, ECHR 1999-II

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (striking out), no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

Campbell v. Ireland (friendly settlement), no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II

For further information on the Court's mode of citation, which is regularly updated, please see the "Note on citation" published on the Court's website (<http://www.echr.coe.int>).

1. The Bureau is composed of the President and Vice-Presidents of the Court and of the Section Presidents.

2. The Jurisconsult is responsible for case-law monitoring and plays a key role in preventing case-law conflicts.

Le *Recueil des arrêts et décisions* est la collection officielle de la Cour européenne des droits de l'homme renfermant une sélection des arrêts et décisions les plus importants ainsi que des sommaires rédigés par le greffe. Depuis 2007, la sélection est faite par le Bureau¹ à la suite de la proposition du jurisconsulte².

À l'exception des décisions prises par les juges uniques, tous les arrêts et décisions de la Cour, y compris ceux et celles non publiés dans la présente série, peuvent être consultés dans la base de données HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>).

Note concernant la citation des arrêts et décisions

Les arrêts et décisions publiés dans la présente série à compter du 1^{er} novembre 1998 sont cités de la manière suivante : nom de l'affaire (en italique), numéro de la requête, numéro du paragraphe (pour les arrêts), sigle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), année et (pour les années 1999 à 2007 incluse) numéro du recueil.

Sauf mention particulière, le texte cité est celui d'un arrêt sur le fond rendu par une chambre de la Cour. L'on ajoute après le nom de l'affaire « (déc.) » pour une décision sur la recevabilité, « (exceptions préliminaires) » pour un arrêt ne portant que sur des exceptions préliminaires, « (satisfaction équitable) » pour un arrêt ne portant que sur la satisfaction équitable, « (révision) » pour un arrêt de révision, « (interprétation) » pour un arrêt d'interprétation, « (radiation) » pour un arrêt rayant l'affaire du rôle, « (règlement amiable) » pour un arrêt sur un règlement amiable. Si l'arrêt ou la décision ont été rendus par la Grande Chambre de la Cour, « [GC] » est ajouté après le nom de l'affaire ou après la description de l'affaire qui apparaît entre parenthèses.

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

Dupont c. France, n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

Dupont c. France [GC], n° 45678/98, § 24, CEDH 1999-II

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.), n° 45678/98, CEDH 1999-II

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

Dupont c. France (déc.) [GC], n° 45678/98, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

Dupont c. France (radiation), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

Dupont c. France (règlement amiable), n° 45678/98, § 15, CEDH 1999-II

Pour plus d'information sur le mode de citation des arrêts et décisions, lequel est régulièrement mis à jour, veuillez consulter la « Note concernant la citation des arrêts et décisions » sur le site Internet de la Cour (<http://www.echr.coe.int>).

1. Le bureau est composé du président et des vice-présidents de la Cour et des présidents de section.

2. Le jurisconsulte est chargé d'une veille jurisprudentielle et joue un rôle-clé pour la prévention des conflits de jurisprudence.

Contents/Table des matières

Subject matter/Objet des affaires	VII
<i>Renolde c. France</i> , n° 5608/05, arrêt du 16 octobre 2008 (extraits)	1
<i>Renolde v. France</i> , no. 5608/05, judgment of 16 October 2008 (extracts)	31
<i>Salduz v. Turkey</i> [GC], no. 36391/02, judgment of 27 November 2008.....	59
<i>Salduz c. Turquie</i> [GC], n° 36391/02, arrêt du 27 novembre 2008 ...	91
<i>K.U. v. Finland</i> , no. 2872/02, judgment of 2 December 2008.....	125
<i>K.U. c. Finlande</i> , n° 2872/02, arrêt du 2 décembre 2008	145
<i>S. and Marper v. the United Kingdom</i> [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, judgment of 4 December 2008.....	167
<i>S. et Marper c. Royaume-Uni</i> [GC], n ^{os} 30562/04 et 30566/04, arrêt du 4 décembre 2008.....	213
<i>TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway</i> , no. 21132/05, judgment of 11 December 2008 (extracts)	265
<i>TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège</i> , n° 21132/05, arrêt du 11 décembre 2008 (extraits)	299
<i>Demir et Baykara c. Turquie</i> [GC], n° 34503/97, arrêt du 12 novembre 2008.....	333
<i>Demir and Baykara v. Turkey</i> [GC], no. 34503/97, judgment of 12 November 2008	395

Subject matter/Objet des affaires

Article 2

Suicide of mentally disturbed prisoner in a punishment cell

Renolde v. France, p. 31

Suicide en cellule disciplinaire d'un détenu atteint de troubles mentaux

Renolde c. France, p. 1

Article 6

Article 6 § 3 (c)

Use in evidence of a statement given to police by a minor without access to a lawyer

Salduz v. Turkey [GC], p. 59

Utilisation comme preuve de la déposition à la police d'un mineur n'ayant pas eu accès à un avocat

Salduz c. Turquie [GC], p. 91

Article 8

Refusal by Internet service provider to disclose identity of person wanted for placing an indecent advertisement about a minor

K.U. v. Finland, p. 125

Refus par un fournisseur d'accès à Internet de divulguer l'identité d'une personne recherchée pour avoir publié une annonce portant atteinte à la pudeur d'un mineur

K.U. c. Finlande, p. 145

Retention of the applicants' fingerprints and DNA data after the criminal proceedings against them had ended with an acquittal or had been discontinued

S. and Marper v. the United Kingdom [GC], p. 167

Conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants après la conclusion, par un acquittement et un classement sans suite, des poursuites pénales dirigées contre eux

S. et Marper c. Royaume-Uni [GC], p. 213

Article 10

Imposition of a fine on a television station for broadcasting an advertisement by a minor political party

TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway, p. 265

Imposition d'une amende à une chaîne de télévision pour diffusion d'une publicité pour un petit parti politique

TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège, p. 299

Article 11

Municipal civil servants prohibited from forming a trade union and annulment *ex tunc* of a collective agreement

Demir and Baykara v. Turkey [GC], p. 395

Interdiction faite à des fonctionnaires municipaux de fonder un syndicat et annulation rétroactive d'une convention collective

Demir et Baykara c. Turquie [GC], p. 333

RENOLDE c. FRANCE
(*Requête n° 5608/05*)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 16 OCTOBRE 2008¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Suicide en cellule disciplinaire d'un détenu atteint de troubles mentaux****Article 2**

Vie – Suicide en cellule disciplinaire d'un détenu atteint de troubles mentaux – Risques réels connus nécessitant une surveillance étroite – Défaut de placement adapté – Absence de surveillance de la prise quotidienne du traitement médical – Mise en cellule disciplinaire isolant l'intéressé de nature à aggraver le risque de suicide – Obligations positives

*

* *

Le frère de la requérante fut placé en détention provisoire. Un rapport d'expertise ordonné par le juge d'instruction conclut qu'il présentait des troubles psychiatriques. Il fut transféré dans une autre maison d'arrêt. Sa fiche personnelle le décrivait comme une personne normale et mentionnait un traitement sédatif. Or il fit une tentative de suicide deux jours après son arrivée en s'entaillant le bras. L'équipe d'intervention d'urgence psychiatrique diagnostiqua une bouffée délirante aiguë et prescrivit un traitement adéquat, les médicaments étant remis au détenu deux fois par semaine sans contrôle de la prise effective. Puis il fut pris en charge par le service médico-psychologique régional et placé seul en cellule sous surveillance spéciale se manifestant par des rondes plus fréquentes. Cependant, il agressa une surveillante et fut sanctionné par quarante-cinq jours de mise en cellule disciplinaire. Le lendemain de sa sanction, il écrivit une lettre à sa sœur dans laquelle il disait être « à bout ». Sa réception poussa l'avocate du détenu à demander au juge d'instruction la réalisation d'un examen psychiatrique afin de vérifier la compatibilité de son état psychique avec son placement en cellule disciplinaire. Mais le détenu fut découvert pendu avant l'évaluation sachant que, trois jours auparavant, ses médicaments lui avaient été remis pour plusieurs jours, sans contrôle de la prise effective.

Le procureur de la République ouvrit une enquête préliminaire concluant, notamment, au suicide et à l'absence de substances médicamenteuses dans l'organisme du détenu. Suite à l'information judiciaire, il rendit une ordonnance de non-lieu qui fut confirmée en appel.

Article 2: au vu des éléments de l'espèce, dès la tentative de suicide, les autorités savaient que le détenu souffrait de troubles psychotiques aigus susceptibles de le

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

conduire à des actes d'auto-agression. Même si son état était variable et la possibilité d'une nouvelle tentative de suicide plus ou moins immédiate, le risque était réel et le détenu nécessitait une surveillance étroite pour parer à une aggravation subite de son état. En outre, on peut s'attendre à ce que les autorités, en présence d'un tel détenu, prennent des mesures particulièrement adaptées en vue de s'assurer de la compatibilité de cet état avec son maintien en détention. Or malgré la tentative de suicide et le diagnostic porté sur l'état mental du détenu, l'opportunité de son hospitalisation dans un établissement psychiatrique ne semble jamais avoir été discutée. Ensuite, à défaut d'ordonner un placement adapté, les autorités devaient à tout le moins assurer des soins médicaux correspondant à la gravité de son état. Sans perdre de vue les difficultés propres au milieu carcéral, les plus grands doutes sont éprouvés sur l'opportunité de laisser à un détenu souffrant de troubles psychotiques avérés le soin de gérer lui-même quotidiennement son traitement, sans aucune surveillance. Même si l'on ne sait pas ce qui a poussé le détenu à se suicider, l'absence de surveillance de la prise quotidienne de son traitement a, en l'espèce, joué un rôle dans son décès. Enfin, son état psychique ne semble pas avoir été pris en compte car trois jours après sa tentative de suicide, le détenu s'est vu infliger par la commission de discipline la sanction la plus lourde, à savoir quarante-cinq jours de cellule disciplinaire, isolant l'intéressé en le privant de visites et de toute activité, ce qui est de nature à aggraver le risque de suicide. Au vu de l'ensemble de ces éléments, les autorités ont manqué à leur obligation positive de protéger le droit à la vie du détenu.

Conclusion : violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

L.C.B. c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III

Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V

Kudła c. Pologne [GC], n° 30210/96, CEDH 2000-XI

Tanribilir c. Turquie, n° 21422/93, 16 novembre 2000

Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95, CEDH 2001-III

Younger c. Royaume-Uni (déc.), n° 57420/00, CEDH 2003-I

Troubnikov c. Russie, n° 49790/99, 5 juillet 2005

Ataman c. Turquie, n° 46252/99, 27 avril 2006

Täis c. France, n° 39922/03, 1^{er} juin 2006

Rivière c. France, n° 33834/03, 11 juillet 2006

En l'affaire Renolde c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Peer Lorenzen, *président*,
Rait Maruste,
Jean-Paul Costa,
Renate Jaeger,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Zdravka Kalaydjieva, *juges*,

et de Claudia Westerdiel, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 9 et 25 septembre 2008,
Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 5608/05) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet Etat, M^{me} Hélène Renolde (« la requérante »), a saisi la Cour le 3 février 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante est représentée par M. E. Renolde, son père, résidant à Chatou. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante alléguait que les autorités françaises n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour protéger la vie de Joselito Renolde et que son placement en cellule disciplinaire pendant quarante-cinq jours était excessif compte tenu de sa fragilité psychique. Elle invoquait en substance les articles 2 et 3 de la Convention.

4. Le 3 novembre 2005, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a en outre décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond de l'affaire.

EN FAIT**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

5. La requérante est née en 1962 et réside à Chatou.

6. La requérante est la sœur de Joselito Renolde, né le 17 août 1964 et décédé le 20 juillet 2000 après s'être pendu dans sa cellule à la prison de Bois

d'Arcy où il était en détention provisoire. Ils appartiennent à une famille de gens du voyage.

A. Les faits

7. Joselito Renolde était séparé de son ex-compagne, dont il avait deux enfants.

8. Le 12 avril 2000, il fut mis en examen par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Meaux pour violences volontaires avec armes commises le 8 avril 2000 sur son ex-compagne et sur leur fille de treize ans, ayant entraîné une incapacité temporaire de travail supérieure à huit jours, ainsi que pour destruction et dégradations volontaires de biens et vol.

9. Le même jour, Joselito Renolde fut placé en détention provisoire à la maison d'arrêt de Meaux. Un rapport d'expertise médico-psychologique ordonné par le juge d'instruction et déposé le 19 juillet 2000 conclut qu'il présentait des retards et déficits de la sphère cognitive; de structure névrotique, il avait des systèmes défensifs immatures et infantiles, et quelques traits paranoïaques; incapable de mentaliser, toute sa violence passait au plan physique.

10. Le 30 juin 2000, dans le cadre d'un rapprochement familial, il fut transféré à la maison d'arrêt de Bois d'Arcy. Sa fiche personnelle le décrivait comme une personne normale et mentionnait un traitement sédatif.

11. Le 2 juillet 2000, Joselito Renolde fit une tentative de suicide en s'entaillant le bras à l'aide d'un rasoir et reçut des soins à l'infirmierie. Le surveillant de service le trouva un peu «dérangé» et fit intervenir le groupe «Equipe rapide intervention de crise» («le groupe ERIC») de l'unité de soins psychiatriques de l'hôpital Charcot, en raison des propos que tenait Joselito Renolde, qui disait entendre des voix. Le surveillant constata également trois autres coupures sur son avant-bras et nota dans le dossier qu'il avait fait une sortie en force de sa cellule.

12. La feuille d'urgence rédigée par le groupe ERIC mentionnait :

«Patient qui a fait une T.S. [tentative de suicide] en se coupant à l'avant-bras avec un rasoir. Le geste s'inscrit dans un contexte délirant hallucinatoire noté depuis hier par l'équipe surveillante de la prison. Le patient présente à l'entretien un discours incohérent, dissocié, attitude d'écoute, évoque des hallucinations verbales (mots illisibles) propos délirants persécutifs (...) Le patient invoque des antécédents psychiatriques, il aurait déjà été hospitalisé et il aurait déjà pris du Tercian (...) Conclusion : bouffée délirante aiguë.»

13. Le groupe ERIC prescrivit en conséquence un traitement antipsychotique de nature neuroleptique, auquel fut par la suite ajouté un anxiolytique. Ce traitement fut donné à Joselito Renolde par l'équipe

infirmière à partir du 2 juillet 2000 à raison de deux fois par semaine, sans contrôle de la prise effective de ces médicaments.

14. A compter du 3 juillet 2000, Joselito Renolde fut pris en charge par l'équipe du service médico-psychologique régional («le SMPR») et placé seul en cellule, sous surveillance spéciale se manifestant par des rondes plus fréquentes. Il fut vu par le SMPR les 3, 4, 5, 7, 8, 10, 13, 18, 19 et 20 juillet 2000.

15. Le 4 juillet 2000, une surveillante stagiaire le réprimanda pour avoir jeté un morceau de pain par la fenêtre. Joselito Renolde la menaça avec une fourchette en ces termes :

«On se reverra dehors et on verra qui aura le pouvoir.»

Puis il lui lança un tabouret au visage. La surveillante subit une incapacité temporaire de travail de cinq jours.

16. Lors de l'enquête sur cet incident, Joselito Renolde tint des propos incohérents et nia les faits. Le rapport d'enquête mentionnait «détenu très perturbé et qui à 7 h 50 voulait déjà se rendre au SMPR, reçu par le SMPR dans l'après-midi». S'agissant des suites à donner, il était indiqué :

«Détenu très perturbé suivi par le SMPR, un passage en commission de discipline est nécessaire.»

17. Le 5 juillet 2000, Joselito Renolde fut entendu par la commission de discipline devant laquelle il tint des propos cohérents. Il indiqua qu'il dormait en raison de son traitement mais que la surveillante ne le laissait pas tranquille ; il nia avoir jeté un tabouret sur elle ou l'avoir menacée avec une fourchette, mais il reconnut avoir lancé un bout de pain dehors.

18. La commission de discipline considéra établis les faits de violences physiques et les qualifia de fautes disciplinaires réprimées par les articles D. 249-1 et D. 249-2, alinéa 1, du code de procédure pénale. Joselito Renolde fut sanctionné par quarante-cinq jours de mise en cellule disciplinaire qu'il commença à purger le 5 juillet 2000.

19. Le 6 juillet 2000, il écrivit une lettre à sa sœur dans laquelle il comparait sa cellule à sa tombe, il lui dit être «à bout» et prendre des cachets. Il lui expliquait qu'il serait quarante-cinq jours sans télévision ni musique, seul entre quatre murs. Dans un dessin, il se représentait crucifié sur une tombe portant son nom, à côté du lit de sa cellule disciplinaire, et achevait sa lettre en ces termes :

«Lito (son surnom) c'est une histoire triste, tu sais ma vie je ne sais pas si elle vaut le coup d'être vécue, car avec tous les malheurs que j'ai... et pourtant, je n'ai fait de mal à personne. Tu sais, je vis et je ne sais même pas pourquoi. Je crois au ciel, c'est peut-être

mieux là-haut. Tu sais, moi, je voudrais dormir et (ne) plus me réveiller. Ce qui me tient ce sont les petits de chez nous car je les aime¹.»

20. Cette lettre fut envoyée le 10 juillet 2000 (cachet de la poste).

21. Par une lettre du 12 juillet 2000, reçue au greffe du juge d'instruction le 17 juillet 2000, l'avocate de Joselito Renolde demanda au juge que son client fasse l'objet d'un examen psychiatrique, afin de vérifier la compatibilité de son état psychique avec son placement en cellule disciplinaire. La lettre de l'avocate était ainsi rédigée :

« (...) J'ai rencontré M. Renolde Joselito à la maison d'arrêt de Bois d'Arcy qui se trouvait en cellule disciplinaire et ce pour une période de 45 jours.

L'état psychique de M. Renolde Joselito motive la présente demande d'acte.

J'ai demandé à M. Renolde Joselito de me décrire les faits qui l'avaient amené à faire l'objet de cette procédure disciplinaire, ce dernier m'a indiqué entre autres : « j'entendais des voix... C'était ma famille... Je me réveille le matin, je dis qu'il fait jour... On me dit non... » etc.

Je n'ai pu établir avec M. Renolde Joselito un dialogue cohérent.

Eu égard à cet état et à l'aggravation de son état, étant précisé, sauf erreur de ma part, que M. Renolde Joselito a fait l'objet par le passé d'un séjour en établissement psychiatrique, il m'apparaît indispensable qu'il soit vu le plus rapidement possible par tel médecin expert psychiatre désigné par vos soins.

La présente demande d'acte a donc pour objet un examen psychiatrique de M. Renolde Joselito avec mission pour l'expert, entre autres, de dire si l'état psychique ou physique de M. Renolde Joselito est compatible avec une détention provisoire telle que actuellement exécutée et notamment un placement en cellule disciplinaire et de dire s'il doit subir des soins appropriés en fonction de son état. »

22. Selon les indications données par le Gouvernement, cette demande d'acte fut transmise le 19 juillet 2000 par le juge d'instruction au procureur de la République qui, le même jour, déclara ne pas s'opposer à cette mesure.

23. Le dernier traitement médical fut donné à Joselito Renolde le 17 juillet 2000. Ses médicaments lui furent remis pour plusieurs jours, sans contrôle de la prise effective.

24. Dans la nuit du 19 au 20 juillet 2000, un rapport d'intervention fit mention de ce qu'à 4 h 25 du matin, Joselito Renolde ne dormait pas, tapait à la grille de sa cellule et voulait sortir.

25. Le 20 juillet 2000 entre 11 heures et midi, une infirmière du service de psychiatrie le rencontra et l'informa de ce qu'une personne du service social viendrait le voir ultérieurement. A sa sortie de cellule pour

1. L'orthographe a été corrigée.

la promenade à 15 heures, il demanda à voir un médecin. A 16 heures, il réintégra sa cellule.

26. A 16 h 25, le surveillant, en faisant sa ronde, le découvrit pendu avec son drap à la grille de sa cellule. Un médecin et deux infirmières de l'Unité de consultation et de soins ambulants («l'UCSA») intervinrent vers 16 h 30, puis le Service d'aide médicale urgente (SAMU) et les pompiers vers 16 h 45. Malgré une tentative de réanimation, le décès fut constaté à 17 heures.

B. La procédure

27. Appelée à 16 h 50 sur les lieux, la police procéda aux premières constatations et auditions. Le procureur de la République de Versailles se rendit sur place à 19 heures et une enquête préliminaire fut ouverte.

28. Le 21 juillet 2000, le médecin légiste pratiqua une autopsie et conclut à un suicide par pendaison.

29. Une expertise toxicologique ordonnée par le procureur le 21 juillet 2000 conclut à l'absence de toute substance médicamenteuse dans l'organisme de Joselito Renolde, à l'exception de paracétamol.

30. Les surveillants présents sur les lieux, le personnel médical et les détenus placés à l'isolement dans des cellules voisines furent entendus.

31. M. R., surveillant, indiqua que le jour des faits, Joselito Renolde avait été en promenade sans problème et que, le matin même, il avait été vu par le service médico-psychologique, qui n'avait émis aucune diligence le concernant. M. R. précisa :

« M. Renolde nous disait qu'il entendait son fils lui parler la nuit. Il nous expliquait que des gens voulaient entrer dans sa cellule. »

32. L'un des détenus placé à l'isolement dans une cellule voisine, M. N., indiqua :

« Lors de nos discussions, il me disait qu'il était mal dans sa peau et qu'il avait le cafard car il n'avait pas l'habitude de rester seul, et il s'adressait à Dieu en lui demandant ce qu'il faisait ici et il se mettait à pleurer (...) Je l'appelais mais il ne me répondait pas car il pleurait. »

33. M. R., surveillant, mentionna qu'il avait dû, le 2 juillet précédent, faire appeler le groupe ERIC car Joselito Renolde tenait des propos étranges, disant entendre son fils l'appeler et lui dire qu'il voulait le tuer. M. R. précisa :

« Je pense en toute objectivité que cette personne n'était pas bien dans sa tête. Je sais qu'il avait un traitement du fait qu'il était suivi par le SMPR. Il est à préciser que Renolde faisait l'objet d'une surveillance particulière du fait qu'il était suivi par le service psy. »

34. Le docteur L., médecin psychiatre, chef de service du SMPR, confirma que le traitement médicamenteux était remis par le SMPR à Joselito Renolde en cellule deux fois par semaine, le mardi et le vendredi, pour plusieurs jours sans que soit vérifiée la prise effective par les infirmiers. Il précisa que, lorsque l'état mental d'un détenu suscitait une attention soutenue, le médecin prescrivait une prise du médicament quotidiennement au sein du SMPR en présence des infirmiers. S'agissant de Joselito Renolde, il indiqua que les personnels de son service n'avaient «à aucun moment noté d'éléments susceptibles de conduire à une prise médicamenteuse plus rapprochée, voire au sein du service». Il précisa par ailleurs que la vérification d'une prise effective pour l'ensemble des traitements prescrits par le SMPR était impossible et «contraire au principe de confiance qui fonde l'alliance thérapeutique en milieu hospitalier».

35. M. B., infirmier psychiatrique, déclara que Joselito Renolde n'avait pas eu d'attitude laissant penser qu'il était susceptible de ne pas prendre son traitement.

36. M^{lle} H., l'infirmière psychiatrique qui l'avait vu le matin de son suicide, précisa qu'il ne lui avait pas paru particulièrement dépressif et qu'aucun propos dépressif n'avait attiré son attention ce jour-là.

37. L'ex-compagne de Joselito Renolde, également entendue, indiqua qu'il avait fait l'objet de plusieurs hospitalisations dans des établissements psychiatriques.

38. Le 8 septembre 2000, le procureur requit l'ouverture d'une information judiciaire contre X du chef d'homicide involontaire et un juge d'instruction du tribunal de grande instance de Versailles fut désigné. Le 15 septembre suivant, les frères et sœurs de Joselito Renolde, dont la requérante, se constituèrent parties civiles.

39. Le 16 octobre 2000, le juge d'instruction désigna deux experts psychiatres, les docteurs G. et P., en leur donnant mission de procéder à l'examen du dossier médical de Joselito Renolde, d'analyser son contenu et de dire si la pathologie dont il souffrait était compatible avec un séjour au quartier disciplinaire, de dire si l'absence de substances médicamenteuses dans son sang était normale, s'il fallait en déduire qu'il s'était abstenu volontairement de prendre son traitement et si cette interruption avait eu un effet sur son comportement et en particulier sur son suicide, de préciser le motif d'intervention du groupe ERIC le 2 juillet 2000, d'entendre si besoin le psychiatre et les infirmiers du SMPR, ainsi que les membres du groupe ERIC, et de dire si le suicide de Joselito Renolde était prévisible compte tenu de son comportement et de son état de santé.

40. Les experts prirent connaissance du dossier de la procédure pénale, ainsi que du dossier médical de Joselito Renolde. Le 29 mars 2001, ils déposèrent leur rapport, dont les conclusions étaient les suivantes :

« L'ensemble du dossier médical ainsi que les auditions des personnes ayant approché Monsieur Renolde mettent en évidence :

– Qu'il y avait des troubles psychotiques aigus dès son entrée à Bois d'Arcy et que ces troubles psychotiques semblent avoir été assez vite réduits grâce au traitement prescrit. En tous cas, ces éléments délirants sont peu repris dans les observations ultérieures, même si un surveillant de la maison d'arrêt a pu constater que Monsieur Renolde parlait tout seul la nuit (dialogue hallucinatoire?). L'équipe du SMPR a jugé son état psychiatrique compatible avec la détention, ne nécessitant pas une hospitalisation en psychiatrie. La lettre que le détenu envoie à ses parents le 18 juillet montre que cet homme garde une certaine cohérence même s'il peut garder pour lui son délire ou des troubles hallucinatoires.

– Aucun élément dans le dossier ne paraît en faveur d'un syndrome dépressif en tant que tel. En effet, il n'y a pas d'incurie, pas d'idée suicidaire exprimée, pas de tristesse manifeste en dehors bien sûr d'une morosité ou d'une tristesse légitime liée à l'incarcération, à la séparation de ses enfants, etc.

Compte tenu du contexte et des éléments qui sont en notre possession, il apparaît que son passage à l'acte suicidaire est plus le résultat d'un trouble psychotique que le fait d'un syndrome dépressif. Celui-ci a pu se produire dans un contexte hallucinatoire (il semble que par moments il ait entendu des voix lui disant de se tuer) surtout si le traitement n'était pas correctement pris comme le montrent les examens toxicologiques.

On constate que la réponse du groupe ERIC qui est intervenu dès l'entrée suite à une tentative de suicide, a été de prescrire des neuroleptiques et non pas des antidépresseurs, ce qui confirme la nature psychotique. Ces troubles auraient peut-être nécessité de discuter l'intérêt d'une hospitalisation en service de psychiatrie si les éléments hallucinatoires, dissociatifs et délirants étaient au premier plan, et donc incompatibles avec le maintien en détention. Cependant, dans la mesure où ces troubles se sont rapidement amendés, on peut penser que le maintien en détention restait possible dans la mesure où le SMPR a assuré une présence très soutenue auprès de ce détenu, même si une surveillance de la prise quotidienne du traitement aurait également été utile.

Conclusions :

1) Monsieur Renolde Joselito souffrait de troubles psychotiques dès son entrée à la maison d'arrêt de Bois d'Arcy. Ses troubles psychotiques ont été qualifiés de bouffée délirante aiguë par le groupe ERIC et il a fait une première tentative de suicide le 2 juillet 2000 par phlébotomie. Tentative de suicide qui pourrait être une automutilation s'inscrivant dans un contexte délirant. On peut d'ailleurs se demander si son agression vis-à-vis d'une surveillante, dans les jours qui ont suivi, ne participait pas de la même façon à un passage à l'acte pathologique. Immédiatement a été démarré un traitement neuroleptique qui semble avoir été efficace, dans la mesure où le discours de Monsieur Renolde est devenu plus cohérent. Dans le même temps, il a été placé en quartier disciplinaire. Si son état de santé était compatible avec la détention, il ne

nous semble pas que la mise en quartier disciplinaire ait pu réellement aggraver son état psychologique dans la mesure où ce n'était pas les troubles dépressifs qui étaient au premier plan, mais bien les troubles psychotiques. Reste à savoir si, en détention, de tels troubles pouvaient être soignés de façon satisfaisante dès lors que le traitement n'était remis au détenu que deux fois par semaine et donc laissé à sa disposition. Compte tenu de sa non-conscience des troubles, il aurait peut-être été préférable de lui délivrer le traitement chaque jour et d'en surveiller la prise.

2) Si aucune substance médicamenteuse n'a été retrouvée dans les examens toxicologiques, on ne peut qu'en déduire que le détenu s'est abstenu volontairement (ou dans un contexte délirant?) de prendre ses médicaments (anxiolytiques et neuroleptiques). On ne peut donc exclure que cette mauvaise observance du traitement a pu favoriser le passage à l'acte suicidaire qui aurait pu se produire dans un contexte délirant. Cependant, même si Monsieur Renolde n'était plus sous traitement, il n'a été noté par aucun membre de l'équipe y compris par l'infirmière qui l'a rencontré le jour de son suicide, une recrudescence délirante, un comportement incohérent ou des signes majeurs de dissociation. La tentative de suicide ne peut être mise sur le seul compte des troubles psychotiques. Elle peut tout à fait intervenir dans un moment de désespoir ou de tristesse légitime chez une personne qui a facilement recours au passage à l'acte (tentative de suicide le 2 juillet, agression le 5, suicide le 20).

3) Le groupe ERIC est intervenu le 2 juillet suite à une plaie volontaire de l'avant-bras par lame de rasoir que Monsieur Renolde s'était fait dans un moment délirant. Il n'est noté par les praticiens intervenus auprès de Monsieur Renolde aucun élément dépressif mais des troubles psychotiques manifestes à type de délire, d'hallucination, d'attitude d'écoute, etc.

4) Compte tenu des éléments en notre possession, il ne nous est pas apparu nécessaire de rencontrer l'équipe du SMPR et les membres du groupe ERIC

5) Le suicide de ce détenu n'était pas prévisible en tout cas à court terme dans la mesure où il n'a manifesté aucune intention suicidaire, où il n'y avait pas de syndrome dépressif manifeste, et dans la mesure où il était régulièrement suivi par l'équipe du SMPR et qu'il a été vu par une infirmière le jour même, qui n'a signalé rien d'anormal dans son comportement.»

41. Les parties civiles furent entendues par le juge d'instruction le 23 mai 2001.

42. Le 23 juillet 2001, le juge notifia aux parties un avis de fin d'information. Par une lettre du 9 août 2001, l'avocat des parties civiles formula une demande d'actes, à savoir la mise en examen des personnes responsables du chef d'homicide involontaire sur Joselito Renolde par manquement aux obligations de prudence et de sécurité, subsidiairement du chef de mise en danger en raison de sa condamnation à une peine de cellule disciplinaire alors que son extrême fragilité était connue, et plus subsidiairement encore du chef de non-assistance à personne en danger.

43. Par une ordonnance du 14 août 2001, le juge rejeta la demande d'actes, avec la motivation suivante :

« Attendu que les personnes qui avaient la « garde » de Joselito Renolde n'avaient pas qualité pour apprécier son état de santé physique et psychique ni pour intervenir dans le procédé de distribution et d'administration de son traitement ;

Que l'intéressé a fait l'objet d'un suivi très régulier par le SMPR peu après son transfert à la maison d'arrêt de Bois d'Arcy, qu'il a été vu près de dix fois par ce service entre le 3 et le 20 juillet, que sa tentative de suicide du 2 juillet avait provoqué l'intervention du groupe ERIC et la prescription par celui-ci d'un traitement, lequel a réduit les troubles psychotiques de M. Renolde, que l'équipe du SMPR a jugé son état psychiatrique compatible avec la détention, y compris en cellule disciplinaire, puisqu'elle n'a pas décidé de son hospitalisation en psychiatrie ;

Que les experts n'ont pas décelé dans le dossier psychiatrique du sujet d'élément en faveur d'un syndrome dépressif, que selon ceux-ci, le passage à l'acte suicidaire résulterait plus d'un trouble psychotique que d'un syndrome dépressif ;

Qu'en conséquence, les éléments constitutifs de l'homicide involontaire, de la mise en danger ou de la non-assistance à personne en danger ne sont pas réunis. »

44. Le 11 septembre 2001, le juge rendit une ordonnance de non-lieu, au motif que les investigations des enquêteurs n'avaient abouti à aucun élément permettant de retenir la responsabilité pénale de quiconque.

45. Les parties civiles firent appel de l'ordonnance devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles, en demandant un supplément d'information afin de procéder à la mise en examen de toutes personnes responsables des faits d'homicide involontaire, de mise en danger de la vie d'autrui ou de non-assistance à personne en danger. Dans un mémoire du 12 mars 2002, elles exprimaient notamment leurs doutes sur la sanction disciplinaire de quarante-cinq jours infligée à Joselito Renolde, qui était reconnu comme une personne fragile ayant déjà fait une tentative de suicide et ayant manifesté des intentions suicidaires à travers ses lettres.

46. Par un arrêt avant dire droit du 29 mars 2002, la chambre de l'instruction ordonna un supplément d'information et désigna l'un des conseillers la composant pour y procéder.

47. Le 14 janvier 2003, le conseiller sollicita la copie du dossier de l'instruction contre Joselito Renolde.

48. Le 19 mai 2003, le conseiller entendit M. C., sous-directeur de la prison de Bois d'Arcy et responsable du quartier « adultes », comprenant le quartier « arrivants », le quartier d'isolement et le quartier disciplinaire. M. C. indiqua que Joselito Renolde avait été inscrit sur le registre spécial des surveillants à partir du 2 juillet, après s'être entaillé le bras, et qu'il avait alors été examiné par le service d'urgence psychiatrique. Le médecin avait estimé qu'il était dans un état délirant avec décompensation psychotique aiguë. A

compter de cette date, il avait fait l'objet d'une surveillance spéciale et avait été placé seul dans une cellule. M. C. précisa que la prise de médicaments par le détenu dépendait du personnel du SMPR et non de l'administration pénitentiaire. Il souligna aussi que le contrôle du courrier ne pouvait se traduire par une lecture approfondie de chaque lettre.

49. Le 29 septembre 2003, le conseiller instructeur ordonna un complément d'expertise toxicologique à partir des prélèvements pratiqués le 21 juillet 2000, afin de déterminer la date à laquelle Joselito Renolde avait pu cesser de prendre les médicaments prescrits. Le rapport, déposé le 4 février 2004, conclut qu'au moment de son décès, Joselito Renolde n'avait pas pris le traitement anxiolytique prescrit depuis au moins un à deux jours, et le traitement neuroleptique depuis au moins deux à trois jours.

50. Le 18 mai 2004, le conseiller procéda à l'audition du docteur L., médecin psychiatre, chef de service du SMPR de Bois d'Arcy. Ce dernier estima que la situation de Joselito Renolde n'exigeait pas de précautions particulières en qui concernait la prise des médicaments, et qu'il n'y avait pas de risques suicidaires clairement identifiés ou soupçonnés, pas de troubles du comportement sévères, ni de suspicion de détournement de l'usage de médicaments. Par ailleurs, il n'existait, selon le psychiatre, aucune incompatibilité à prescrire un traitement neuroleptique à un détenu placé en cellule disciplinaire.

51. Le supplément d'information fit l'objet d'un arrêt de dépôt le 11 juin 2004.

52. L'audience devant la chambre de l'instruction se tint le 12 janvier 2005.

53. Par un arrêt du 26 janvier 2005, la chambre de l'instruction confirma l'ordonnance de non-lieu, dans les termes suivants :

« Considérant qu'à la suite de la mise en place d'un traitement neuroleptique par le service médical, aucune nouvelle manifestation d'agressivité sur autrui ou sur lui-même après l'incident du 4 juillet 2000 n'a été enregistrée de la part de Joselito Renolde jusqu'au 20 juillet dans l'après-midi; que le traitement mis en place a donc fait effet pendant cette période;

Considérant qu'il a été décidé par les instances médicales dans le cas présent de laisser gérer seul son traitement à Joselito Renolde, ses médicaments lui étant délivrés pour plusieurs jours; qu'une distribution a été effectuée le 17 juillet; que l'expertise toxicologique menée établit que le détenu n'a pas pris les médicaments qui lui étaient remis;

Considérant que le traitement de Joselito Renolde a ainsi été administré conformément aux dispositions de la circulaire du 8 décembre 1994 relative à la prise en charge sanitaire des détenus; que si le principe selon lequel le traitement est pris librement par le détenu a été suivi dans le cas de Joselito Renolde, il ne peut au regard

des éléments disponibles avant le 20 juillet 2000 dans l'après-midi, être considéré que la non-dérogation à ce principe constituait de la part d'un médecin ou d'un membre du personnel médical de la maison d'arrêt de Bois d'Arcy une faute au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal; qu'en effet, depuis le placement en cellule disciplinaire de Joselito Renolde, aucun risque suicidaire et aucun trouble sévère du comportement n'avaient été décelés; qu'il n'y avait pas de suspicion de détournement de l'usage des médicaments;

Considérant en conséquence qu'en ce qui concerne l'action des personnes pénitentiaires, l'information et le supplément d'information n'ont pas plus fait ressortir des éléments susceptibles de constituer une faute au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal;

Considérant que l'infliction à Joselito Renolde d'une sanction disciplinaire n'a pas plus constitué une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de procédure imposée par la loi ou le règlement exposant le détenu à un risque immédiat de mort ou de blessures; qu'il en est de même du fait de ne pas s'assurer de l'ingestion des médicaments; qu'en effet, aucun texte ne prohibait le prononcé d'une sanction disciplinaire dans le cas de Joselito Renolde ou (n'imposait) de lui faire obligation d'ingérer ses médicaments;

Considérant enfin qu'aucun élément de l'information ou du supplément d'information n'est susceptible d'établir que quiconque se soit volontairement abstenu de porter ou de faire porter secours à Joselito Renolde, auquel un traitement avait été prescrit et qui n'avait provoqué aucun incident particulier depuis 15 jours.»

Les parties civiles ne formèrent pas de pourvoi en cassation.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS

A. Le droit interne

1. Soins psychiatriques dans les établissements pénitentiaires

54. Depuis 1986, la prise en charge des détenus dans le domaine psychiatrique est assurée par le service public hospitalier. Le décret du 14 mars 1986¹, pris en application de la loi du 31 décembre 1985 sur la sectorisation psychiatrique dispose, en son article 11 :

« Dans chaque région pénitentiaire sont créés un ou plusieurs secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire [SMPR], rattachés pour chacun à un établissement hospitalier public (...) Chacun de ces secteurs comporte notamment un service médico-psychologique régional aménagé dans un établissement pénitentiaire (...)

Le secteur est placé sous l'autorité d'un psychiatre hospitalier (...) et assisté d'une équipe pluridisciplinaire relevant du centre hospitalier de rattachement (...)

1. Ces dispositions sont reprises aux articles D. 372 et suivants du code de procédure pénale.

55. L'article 11, alinéa 3, du décret prévoit qu'un règlement intérieur type précise les missions des SMPR et fixe leur organisation et leurs modalités de fonctionnement. L'arrêté du 14 décembre 1986, relatif au règlement intérieur type, précise ce qui suit :

Article 2

«Le service médico-psychologique régional (...) met en œuvre des actions de prévention, de diagnostic et de soins des troubles mentaux au bénéfice de la population incarcérée dans l'établissement où il est implanté (...)»

Article 3

«Le service médico-psychologique régional assure plus particulièrement (...) :

- une mission générale de prévention des affections mentales en milieu pénitentiaire, notamment par le dépistage systématique des troubles psychiques des entrants dans l'établissement d'implantation ;
- la mise en œuvre des traitements psychiatriques nécessaires aux détenus, prévenus ou condamnés (...)»

56. La loi du 18 janvier 1994 a transféré l'ensemble des soins dispensés aux détenus au service public hospitalier. Ce sont des structures médicales implantées dans les établissements pénitentiaires, les unités de consultations et de soins ambulatoires (UCSA), dépendant directement de l'hôpital public situé à proximité de chacun de ces établissements pénitentiaires, qui dispensent aux détenus les traitements médicaux (article D. 368 du code de procédure pénale).

57. Selon l'article D. 372, alinéa 3, du code, les modalités d'intervention du SMPR et de sa coordination avec l'UCSA sont fixées dans le cadre d'un protocole établi en application du décret du 14 mars 1986 précité.

58. L'article D. 382 du même code prévoit que, si les médecins appartenant au SMPR ou à l'UCSA estiment que l'état de santé d'un détenu n'est pas compatible avec la détention, ils en avisent par écrit le chef de l'établissement pénitentiaire, qui informe aussitôt, s'il y a lieu, l'autorité judiciaire compétente.

59. L'article D. 398 du même code dispose :

«Les détenus atteints des troubles mentaux visés à l'article L. 342 du code de la santé publique ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire.

Au vu d'un certificat médical circonstancié et conformément à la législation en vigueur, il appartient à l'autorité préfectorale de faire procéder, dans les meilleurs délais, à leur hospitalisation d'office dans un établissement de santé habilité au titre de l'article L. 331 du code de la santé publique.

Il n'est pas fait application, à leur égard, de la règle posée au second alinéa de l'article D. 394 concernant leur garde par un personnel de police ou de gendarmerie pendant leur hospitalisation.»

2. Fautes disciplinaires commises par les détenus et sanctions

60. L'article D. 249 du code de procédure pénale dispose que les fautes disciplinaires des détenus sont classées en trois degrés selon leur gravité. Aux termes de l'article D. 249-1, constitue une faute du premier degré (le plus grave) le fait pour un détenu d'exercer des violences physiques à l'encontre d'un membre du personnel de l'établissement.

61. La mise en cellule disciplinaire est prévue par l'article D. 251 (5°) du même code. L'article D. 251-3 du même code en précise les modalités :

«La mise en cellule disciplinaire prévue par l'article D. 251 (5°) consiste dans le placement du détenu dans une cellule aménagée à cet effet et qu'il doit occuper seul. La sanction emporte pendant toute sa durée la privation d'achats en cantine prévue à l'article D. 251 (3°) ainsi que la privation des visites et de toutes les activités.

Toutefois, les détenus placés en cellule disciplinaire font une promenade d'une heure par jour dans une cour individuelle. La sanction n'emporte en outre aucune restriction à leur droit de correspondance écrite.

La durée de la mise en cellule disciplinaire ne peut excéder quarante-cinq jours pour une faute disciplinaire du premier degré, trente jours pour une faute disciplinaire du deuxième degré, et quinze jours pour une faute disciplinaire du troisième degré.»

3. Dispositions pertinentes du code pénal

62. L'article 121-3 du code pénal se lit ainsi :

«Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

(...)»

4. *Jurisprudence des juridictions administratives*

63. Si le principe de la responsabilité de l'Etat en raison des actes des services pénitentiaires, notamment en matière de suicide de détenus, a été affirmé par le Conseil d'Etat dès 1918, cette responsabilité était traditionnellement subordonnée à l'existence d'une faute lourde.

Dans l'arrêt Chabba du 23 mai 2003 (AJDA 2004, p. 157), le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence et a reconnu la responsabilité de l'Etat dans le suicide d'un détenu en détention provisoire, en raison d'une succession de fautes simples imputables au service pénitentiaire. Cette jurisprudence a été confirmée depuis lors (voir, notamment, CAA Nancy, Tahar Sidhoum, 17 mars 2005, *Petites affiches* n° 102, 23 mai 2006, p. 6, note P. Combeau; TA Marseille, 9 février 2006, *Plein Droit* n° 71, décembre 2006, Jurisprudence p. V, concernant un suicide dans un centre de rétention).

B. Les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

1. *La Recommandation n° R (98) 7*

64. Les parties pertinentes de la Recommandation n° R (98) 7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire se lisent comme suit, en ce qui concerne les détenus atteints de troubles mentaux :

« (...)

D. *Symptômes psychiatriques: troubles mentaux et troubles graves de la personnalité, risque de suicide*

(...)

55. Les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. La décision d'admettre un détenu dans un hôpital public devrait être prise par un médecin psychiatre sous réserve de l'autorisation des autorités compétentes.

56. Dans les cas où l'isolement cellulaire des malades mentaux ne peut être évité, celui-ci devrait être réduit à une durée minimale et remplacé dès que possible par une surveillance infirmière permanente et personnelle.

57. Dans des situations exceptionnelles, s'agissant de malades souffrant de troubles mentaux graves, le recours à des mesures de contention physique peut être envisagé pendant une durée minimale correspondant au temps nécessaire pour qu'une thérapie médicamenteuse déploie l'effet de sédation attendu.

58. Les risques de suicide devraient être appréciés en permanence par le personnel médical et pénitentiaire. Suivant le cas, des mesures de contention physique conçues pour empêcher les détenus malades de se porter préjudice à eux-mêmes, une surveillance étroite et permanente et un soutien relationnel devraient être utilisés pendant les périodes de crise.

(...)

F. Violence en prison: procédures et sanctions disciplinaires, isolement disciplinaire, contention physique, régime de sécurité renforcée

(...)

66. Dans le cas d'une sanction d'isolement disciplinaire, de toute autre mesure disciplinaire ou de sécurité qui risquerait d'altérer la santé physique ou mentale d'un détenu, le personnel de santé devrait fournir une assistance médicale ou un traitement à la demande du détenu ou du personnel pénitentiaire.

(...)»

2. La Recommandation Rec(2006)2 sur les règles pénitentiaires européennes adoptée le 11 janvier 2006

65. Les parties pertinentes de la Recommandation Rec(2006)2 se lisent comme suit :

« Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

(...)

Recommande aux gouvernements des Etats membres :

- de suivre dans l'élaboration de leurs législations ainsi que de leurs politiques et pratiques des règles contenues dans l'annexe à la présente recommandation qui remplace la Recommandation n° R (87) 3 du Comité des Ministres sur les Règles pénitentiaires européennes (...)

(...)

Annexe à la Recommandation Rec(2006)2

(...)

12.1 Les personnes souffrant de maladies mentales et dont l'état de santé mentale est incompatible avec la détention en prison devraient être détenues dans un établissement spécialement conçu à cet effet.

12.2 Si ces personnes sont néanmoins exceptionnellement détenues dans une prison, leur situation et leurs besoins doivent être régis par des règles spéciales.

(...)

39. Les autorités pénitentiaires doivent protéger la santé de tous les détenus dont elles ont la garde.

(...)

40.4 Les services médicaux de la prison doivent s'efforcer de dépister et de traiter les maladies physiques ou mentales, ainsi que les déficiences dont souffrent éventuellement les détenus.

40.5 À cette fin, chaque détenu doit bénéficier des soins médicaux, chirurgicaux et psychiatriques requis, y compris ceux disponibles en milieu libre.

(...)

42.3 Lorsqu'il examine un détenu, le médecin, ou un(e) infirmier(ère) qualifié(e) dépendant de ce médecin, doit accorder une attention particulière :

(...)

b. au diagnostic des maladies physiques ou mentales et aux mesures requises par leur traitement et par la nécessité de continuer un traitement médical existant ;

(...)

h. à l'identification des problèmes de santé physique ou mentale qui pourraient faire obstacle à la réinsertion de l'intéressé après sa libération ;

(...)

j. à la conclusion d'accords avec les services de la collectivité afin que tout traitement psychiatrique ou médical indispensable à l'intéressé puisse être poursuivi après sa libération, si le détenu donne son consentement à cet accord.

43.1 Le médecin doit être chargé de surveiller la santé physique et mentale des détenus et doit voir, dans les conditions et au rythme prévus par les normes hospitalières, les détenus malades, ceux qui se plaignent d'être malades ou blessés, ainsi que tous ceux ayant été spécialement portés à son attention.

(...)

43.3 Le médecin doit présenter un rapport au directeur chaque fois qu'il estime que la santé physique ou mentale d'un détenu encourt des risques graves du fait de la prolongation de la détention ou en raison de toute condition de détention, y compris celle d'isolement cellulaire.

(...)

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 2 DE LA CONVENTION

66. La requérante allègue que les autorités françaises n'ont pas pris les mesures nécessaires pour protéger le droit à la vie de Joselito Renolde. Elle invoque en substance l'article 2 de la Convention, qui dispose :

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. (...) »

(...)

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

74. La requérante estime que les autorités françaises n'ont pas pris les mesures nécessaires pour protéger le droit à la vie de Joselito Renolde. Elle rappelle en particulier la lettre adressée par son avocate au juge d'instruction, reçue trois jours avant son suicide, dans laquelle l'avocate signalait l'aggravation de l'état psychique de son client et demandait une expertise afin de vérifier si cet état était compatible avec la détention et notamment le placement en cellule disciplinaire.

75. Après avoir cité la jurisprudence de la Cour en la matière (notamment *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, CEDH 2001-III, *Tanribilir c. Turquie*, n° 21422/93, 16 novembre 2000, et *A. A. et autres c. Turquie*, n° 30015/96, 27 juillet 2004), le Gouvernement rappelle la chronologie des faits et soutient que les autorités ont pris les mesures adéquates pour protéger la vie de Joselito Renolde au regard des éléments dont elles avaient connaissance au moment où les faits se sont produits.

76. Le Gouvernement expose qu'il est admis que Joselito Renolde souffrait de troubles psychotiques, qui se sont manifestés par un passage à l'acte auto-agressif le 2 juillet 2000. Un traitement médical lui a été prescrit, et il a ensuite été régulièrement suivi par l'équipe médicale du SMPR, qui est intervenue dix fois entre le 3 et le 20 juillet 2000. Sur avis du SMPR, l'administration pénitentiaire l'a placé en cellule individuelle, avec une surveillance spéciale. Mis ensuite en cellule disciplinaire, il faisait l'objet d'une surveillance toutes les demi-heures dans la journée. A aucun moment le SMPR ne l'a signalé à l'administration pénitentiaire comme présentant un risque suicidaire. Il ressort du rapport d'expertise des docteurs G. et P. que son suicide n'était pas prévisible, en tout cas à court terme, en l'absence de toute manifestation d'une intention suicidaire, ou d'un syndrome dépressif et que le jour même du suicide l'infirmière qui l'a vu n'a rien signalé d'anormal dans son comportement.

77. Le Gouvernement souligne en outre que les équipes médicales de la maison d'arrêt (SMPR et USCA) n'ont jamais signalé que son état de santé pouvait être incompatible avec la détention, que ce soit en régime ordinaire ou en quartier disciplinaire, et que les experts ont estimé qu'il ne semblait pas que la mise en quartier disciplinaire ait pu réellement aggraver son état.

78. S'agissant enfin de son traitement médicamenteux, les experts ont relevé qu'il aurait peut-être été préférable de lui délivrer le traitement chaque jour et d'en surveiller la prise. L'équipe médicale a cependant considéré qu'il n'y avait pas lieu de procéder ainsi, Joselito Renolde n'ayant à aucun

moment manifesté un refus de prendre son traitement et ne présentant pas une aggravation de son état. Le médecin chef du SMPR a estimé que le traitement avait été administré en conformité avec la circulaire de 1994 relative à la prise en charge sanitaire des détenus, et le SMPR assurait une présence très soutenue auprès de lui.

79. Le Gouvernement en conclut que ces éléments n'étaient pas de nature à laisser supposer qu'il y avait un risque avéré et immédiat que Joselito Renolde se suicide le 20 juillet 2000 et que les autorités nationales ont réagi de manière raisonnable face à ses troubles du comportement. En tout état de cause, il ne saurait leur être reproché de ne pas avoir pris de dispositions spécifiques, telles que la suppression des draps dans la cellule.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Rappel des principes**

80. La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction. La Cour a donc pour tâche de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'Etat a pris toutes les mesures requises pour empêcher que la vie du frère de la requérante ne soit inutilement mise en danger (voir, par exemple, *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III).

81. La Cour rappelle également que l'article 2 peut, dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu contre autrui ou, dans certaines circonstances particulières, contre lui-même (*Tanribilir*, précité, § 70, *Keenan*, précité, § 89, et, *mutatis mutandis*, *Ataman c. Turquie*, n° 46252/99, § 54, 27 avril 2006).

82. Cependant, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, sans perdre de vue les difficultés qu'ont les forces de l'ordre à exercer leurs fonctions dans les sociétés contemporaines, l'imprévisibilité du comportement humain et les choix opérationnels à faire en matière de priorités et de ressources. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation (*Tanribilir*, précité, §§ 70-71, *Keenan*, précité, § 90, et *Tais c. France*, n° 39922/03, § 97, 1^{er} juin 2006).

83. La Cour a déjà eu l'occasion de souligner que les détenus sont en situation de vulnérabilité et que les autorités ont le devoir de les protéger (*Keenan*, précité, § 91, *Younger c. Royaume-Uni* (déc.), n° 57420/00,

CEDH 2003-I, et *Troubnikov c. Russie*, n° 49790/99, § 68, 5 juillet 2005). De même, les autorités pénitentiaires doivent s'acquitter de leurs tâches de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné. Des mesures et précautions générales peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation sans empiéter sur l'autonomie individuelle. Quant à savoir s'il faut prendre des mesures plus strictes à l'égard d'un détenu et s'il est raisonnable de les appliquer, cela dépend des circonstances de l'affaire (*Keenan*, précité, § 92, *Younger*, décision précitée, et *Troubnikov*, précité, § 70).

84. Enfin, la Cour réitère qu'il faut, dans le cas des malades mentaux, tenir compte de leur particulière vulnérabilité (*Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, § 66, *Recueil* 1998-V, *Keenan*, précité, § 111, et *Rivière c. France*, n° 33834/03, § 63, 11 juillet 2006).

b) Application au cas d'espèce

85. A la lumière de ce qui précède, la Cour a recherché si les autorités savaient ou auraient dû savoir qu'il y avait un risque réel et immédiat que Joselito Renolde se suicide et, dans l'affirmative, si elles ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour prévenir ce risque.

86. La Cour observe que le 2 juillet 2000, soit dix-huit jours avant son décès, Joselito Renolde a fait une tentative de suicide en s'entaillant le bras. Le surveillant présent à cette occasion a remarqué trois autres coupures sur son avant-bras. L'équipe d'intervention d'urgence psychiatrique a diagnostiqué une bouffée délirante aiguë et a prescrit à Joselito Renolde un traitement neuroleptique antipsychotique. Lors de cette intervention, Joselito Renolde a mentionné qu'il avait des antécédents psychiatriques et qu'il avait déjà été hospitalisé et mis sous traitement neuroleptique. A la suite de cet épisode, il a été pris en charge à compter du 3 juillet 2000 par le SMPR, qui a maintenu le traitement antipsychotique.

87. La Cour relève que le rapport d'expertise des docteurs G. et P. a conclu que Joselito Renolde souffrait de troubles psychotiques à son arrivée à la maison d'arrêt et que sa tentative de suicide n'était pas à rattacher à un syndrome dépressif, mais à un passage à l'acte délirant imputable à ces troubles.

88. La Cour observe également que, dans les jours qui ont suivi sa tentative de suicide, Joselito Renolde a continué à manifester des comportements préoccupants malgré la prise en charge du SMPR et le traitement neuroleptique: agression d'une surveillante, propos incohérents lors de l'enquête sur cette agression, hallucinations auditives (il a dit au surveillant R. entendre son fils lui parler la nuit), échanges incohérents avec son avocate qui ont motivé une demande d'expertise psychiatrique. Enfin,

la Cour relève que, dans sa lettre du 6 juillet 2000 (soit après son placement en cellule disciplinaire), qui a nécessairement été contrôlée par les autorités pénitentiaires, il se représentait crucifié sur une tombe et évoquait l'idée d'en finir avec la vie.

89. Au vu de ces éléments, la Cour en conclut que, dès le 2 juillet 2000, les autorités savaient que Joselito Renolde souffrait de troubles psychotiques susceptibles de le conduire à des actes d'auto-agression. Même si son état était variable et le risque d'une nouvelle tentative de suicide plus ou moins immédiat, la Cour estime que ce risque était réel et que Joselito Renolde avait besoin d'une surveillance étroite pour parer à une aggravation subite (*Keenan*, précité, § 96, et, *a contrario*, *Troubnikov*, précité, §§ 73-74).

90. Reste à savoir si les autorités ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour prévenir ce risque.

91. La Cour observe que les autorités ont fait des efforts indéniables en ce sens: tout d'abord, elles ont réagi avec promptitude lorsque Joselito Renolde s'est entaillé le bras le 2 juillet 2000, en faisant intervenir l'équipe d'intervention psychiatrique d'urgence. A compter de sa prise en charge par le SMPR le 3 juillet 2000, Joselito Renolde a été placé en cellule individuelle et soumis à une surveillance spéciale, se manifestant par des rondes plus fréquentes. Ensuite, à compter de sa mise en cellule disciplinaire, il a fait l'objet d'une surveillance toutes les demi-heures pendant la journée.

92. Il n'apparaît pas davantage qu'une négligence ou qu'un manque de surveillance puissent être relevés dans le déroulement des faits le jour de son décès, puisque la demande faite par Joselito Renolde de voir un médecin à sa sortie en promenade a été immédiatement transmise et qu'il s'est écoulé tout au plus vingt-cinq minutes entre son retour en cellule et la découverte de son décès par le surveillant.

93. Sur le plan médical, la Cour relève que, dès le 3 juillet 2000, le SMPR a pris en charge Joselito Renolde, l'a vu à dix reprises entre le 3 et le 20 juillet 2000 et que, le matin même de son décès, une infirmière du service psychiatrique lui a rendu visite.

94. La Cour a toutefois relevé un certain nombre d'éléments en sens contraire.

95. En premier lieu, la Cour rappelle que, dans l'arrêt *Rivière* précité (§§ 71-72), elle a dit ce qui suit:

« (...) aux termes de l'article D398 du code de procédure pénale, les détenus atteints de troubles mentaux ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire mais doivent être hospitalisés d'office sur décision préfectorale.

Cette disposition est confirmée par l'article L3214-1 du code de la santé publique, qui précise que l'hospitalisation d'une personne détenue atteinte de troubles mentaux est réalisée dans un établissement de santé, au sein d'une unité spécialement aménagée.

La Cour relève en outre que la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire (...) prévoit que les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l'équipement adéquat et disposant d'un personnel qualifié. La Cour a déjà eu l'occasion de citer cette recommandation (voir par exemple l'arrêt *Gennadi Naoumenko c. Ukraine*, n° 42023/98, § 94, 10 février 2004), et elle y attache un grand poids, même si elle admet qu'elle n'a pas en soi valeur contraignante à l'égard des États membres.»

96. Dans l'affaire *Keenan* précitée, pour conclure qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 2 de la Convention, la Cour avait notamment tenu compte de ce que les autorités avaient «réagi de manière raisonnable face au comportement de Mark Keenan en le plaçant à l'hôpital et sous surveillance lorsqu'il faisait preuve de tendances suicidaires» (§ 99; voir également, *mutatis mutandis*, *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 96, CEDH 2000-XI).

97. Or, dans le cas d'espèce, la Cour est frappée par le fait que, malgré la tentative de suicide de Joselito Renolde et le diagnostic porté sur son état mental, l'opportunité de son hospitalisation dans un établissement psychiatrique ne semble jamais avoir été discutée. Les experts ont relevé, dans leur rapport, que «[ses] troubles auraient peut-être nécessité de discuter l'intérêt d'une hospitalisation en service de psychiatrie». Ce n'est pourtant qu'à l'occasion de la demande d'actes faite par l'avocate de Joselito Renolde le 12 juillet 2000 qu'a été envisagée une mesure d'expertise afin d'évaluer la compatibilité de son état avec la détention.

98. A la lumière de l'obligation positive de l'Etat de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger tout individu dont la vie est menacée, on peut s'attendre à ce que les autorités, qui sont en présence d'un détenu dont il est avéré qu'il souffre de graves problèmes mentaux et présente des risques suicidaires, prennent les mesures particulièrement adaptées en vue de s'assurer de la compatibilité de cet état avec son maintien en détention.

99. La Cour estime que, à défaut d'ordonner le placement de Joselito Renolde dans un établissement psychiatrique, les autorités devaient à tout le moins lui assurer des soins médicaux correspondant à la gravité de son état.

100. A cet égard, elle a accordé une particulière attention aux modalités d'administration du traitement à Joselito Renolde. Il ressort du dossier, en effet, que les médicaments lui étaient remis deux fois par semaine pour plusieurs jours, sans contrôle de la prise effective. L'instruction a révélé à cet égard que la dernière délivrance du traitement à Joselito Renolde remontait au lundi 17 juillet 2000, soit trois jours avant son décès. Or, les expertises

toxicologiques pratiquées ont révélé que, le jour de son décès, il n'avait pas pris son traitement neuroleptique depuis au moins deux à trois jours, et son traitement anxiolytique depuis au moins un à deux jours.

101. La Cour observe que, d'après les conclusions du rapport d'expertise, le suicide de Joselito Renolde est davantage le résultat d'un trouble psychotique que d'un syndrome dépressif et qu'il a pu se produire dans un contexte hallucinatoire, surtout si le traitement n'était pas correctement pris. Les experts se sont interrogés sur le point de savoir si de tels troubles pouvaient être soignés de façon satisfaisante dès lors que le traitement n'était remis au détenu que deux fois par semaine, et donc laissé à sa disposition. Ils ont précisé qu'une surveillance de la prise quotidienne du traitement par Joselito Renolde aurait été utile et que, compte tenu de sa non-conscience des troubles, il aurait « peut-être » été préférable de lui délivrer le traitement chaque jour et d'en surveiller la prise.

102. Malgré la prudence de cette formulation, la Cour relève que, pour les experts, cette mauvaise observance du traitement a pu favoriser le passage à l'acte suicidaire de Joselito Renolde dans un contexte délirant.

103. Le Gouvernement fait valoir que, selon les membres de l'équipe psychiatrique, Joselito Renolde n'avait pas manifesté de refus de prendre son traitement et que son état récent n'appelait pas l'attention. La Cour a également relevé que, lors de l'instruction, le docteur L. a indiqué que la surveillance de tous les traitements prescrits par le SMPR n'était pas possible.

104. La Cour n'est pas convaincue par ces arguments. Sans perdre de vue les difficultés auxquelles sont confrontés les intervenants en milieu carcéral, elle éprouve les plus grands doutes sur l'opportunité de laisser à un détenu souffrant de troubles psychotiques avérés le soin de gérer lui-même quotidiennement son traitement sans aucune surveillance.

105. Elle rappelle que, dans l'affaire *Rivière* précitée (§ 63), elle a souligné qu'il convenait de distinguer, au sein des maladies mentales, celles, telle la psychose, qui comportent, pour les personnes qui en souffrent, des risques particulièrement élevés. Or, elle relève qu'à la différence de Mark Keenan, chez qui avait été diagnostiquée une psychose légère, Joselito Renolde était atteint, selon les experts, de troubles psychotiques aigus (paragraphe 40 ci-dessus).

Même si l'on ne sait pas ce qui a poussé Joselito Renolde à se suicider (*Keenan*, précité, § 101), la Cour arrive à la conclusion que l'absence de surveillance de la prise quotidienne de son traitement a, en l'espèce, joué un rôle dans son décès.

106. En dernier lieu, la Cour a eu égard au fait que trois jours après sa tentative de suicide, Joselito Renolde s'est vu infliger par la commission de discipline la sanction la plus lourde, à savoir quarante-cinq jours de cellule disciplinaire. Aucun compte ne semble avoir été tenu de son état psychique, bien qu'il ait eu, lors de l'enquête sur l'incident, des propos incohérents et qu'il ait été qualifié de « très perturbé ».

107. La Cour observe que le placement en cellule disciplinaire isole le détenu, en le privant de visites et de toute activité, ce qui est de nature à aggraver le risque de suicide lorsqu'il existe.

108. Elle relève que l'article 56 de la Recommandation n° R (98) 7 prévoit que, dans les cas où l'isolement cellulaire des malades mentaux ne peut être évité, il devrait être « réduit à une durée minimale et remplacé dès que possible par une surveillance infirmière permanente et personnelle ». L'article 43.3 de la Recommandation Rec(2006)2 prévoit, pour sa part, que « le médecin doit présenter un rapport au directeur chaque fois qu'il estime que la santé physique ou mentale d'un détenu encourt des risques graves (...) en raison de toute condition de détention, y compris celle d'isolement cellulaire ».

109. La Cour réitère que la vulnérabilité des malades mentaux appelle une protection particulière. Il en va d'autant plus ainsi lorsqu'un détenu souffrant de troubles graves est placé, comme en l'espèce, en isolement ou cellule disciplinaire pour une longue durée, ce qui ne peut manquer d'avoir des répercussions sur son état psychique, et qu'il a déjà effectivement tenté de mettre fin à ses jours peu de temps auparavant.

110. Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Cour arrive à la conclusion que les autorités ont manqué, en l'espèce, à leur obligation positive de protéger le droit à la vie de Joselito Renolde, et qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

(...)

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 2 de la Convention dans la mesure où les autorités ont manqué à leur obligation positive de protéger le droit à la vie de Joselito Renolde ;

(...)

Fait en français, puis communiqué par écrit le 16 octobre 2008, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek
Greffière

Peer Lorenzen
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion concordante du juge Villiger.

P.L.
C.W.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE VILLIGER

(Traduction)

J'approuve la conclusion de l'arrêt ainsi que sa motivation approfondie et structurée.

J'aimerais toutefois que l'on ne perde pas de vue ce qui constitue, à mes yeux, le point central de l'affaire et dont il est question au paragraphe 100 de l'arrêt. En effet, je ne pense pas que cette affaire porte sur les conséquences de l'article 2 pour les personnes atteintes de maladie mentale.

Selon moi, l'affaire porte sur une question tout à fait simple: la surveillance d'un patient qui doit prendre des médicaments. La présente espèce concerne une personne vulnérable atteinte de troubles mentaux. Le rapport médical le qualifie de « détenu très perturbé » (paragraphe 16 de l'arrêt). Il avait déjà tenté de se suicider et les médicaments qui lui étaient prescrits visaient à prévenir toute autre tentative de suicide.

Il est normal que toute personne vulnérable, qu'elle se trouve à l'hôpital, dans un centre de soins ou un foyer pour enfants, soit surveillée pendant qu'elle prend les médicaments qui lui sont prescrits. Cette surveillance ne prend qu'un minimum de temps et d'effort. Il s'agit que l'assistante, l'infirmière ou le médecin reste auprès du patient jusqu'à ce qu'il ait pris ses médicaments et veille à ce que, par exemple, ceux-ci ne tombent pas par terre ou ne soient pas cachés par le patient. Cette description du déroulement des événements peut paraître triviale, mais la question revêt une importance cruciale lorsque la personne doit souffrir, voire souffrir gravement, des conséquences d'une absence de prise de médicaments.

C'est pourquoi il est tout à fait surprenant de lire au paragraphe 34 de l'arrêt que le docteur L., le médecin du SMPR, a expliqué que le fait de vérifier si un patient avait ou non pris son traitement était « contraire au principe de confiance qui fonde l'alliance thérapeutique en milieu hospitalier ». Toute l'affaire tourne autour de cette déclaration. Alors qu'une telle confiance peut constituer un aspect important de la relation entre un médecin et un patient responsable et mûr, je ne vois pas comment elle peut être établie avec une personne aussi vulnérable que le frère de la requérante, qui avait de plus déjà commis une tentative de suicide.

Je trouve surprenant que les autorités carcérales n'aient pas été en mesure d'assurer une telle surveillance. N'aurait-il pas été totalement disproportionné d'envoyer à défaut le frère de la requérante dans un hôpital psychiatrique dans le seul but que l'on y surveille qu'il prenait bien ses médicaments?

Etant donné que les autorités n'ont pas surveillé correctement le frère de la requérante et que celui-ci est décédé, elles ont failli à assurer un respect suffisant des obligations qui découlaient pour elles de l'article 2 de la Convention.

RENOLDE v. FRANCE
(Application no. 5608/05)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 16 OCTOBER 2008¹

1. Translation; original French. Extracts.

SUMMARY¹**Suicide of mentally disturbed prisoner in a punishment cell****Article 2**

Life – Suicide of mentally disturbed prisoner in a punishment cell – Known real risks requiring careful monitoring – Failure to ensure suitable placement – Failure to supervise taking of daily medication – Detention in punishment cell resulting in isolation likely to aggravate risk of suicide – Positive obligations

*

* *

The applicant's brother was placed in pre-trial detention. An expert report ordered by the investigating judge concluded that he was suffering from psychiatric disorders. He was transferred to another prison. His personal file described him as a normal person and mentioned sedative treatment. However, two days after his transfer he tried to commit suicide by slashing his arms. The psychiatric emergency team diagnosed an acute delirious episode and prescribed appropriate treatment. The prisoner was supplied with medication twice a week but there was no supervision of his taking it. He was subsequently treated by the regional medical and psychological service and placed in a cell on his own under special supervision in the form of more frequent patrols. However, he then assaulted a warder and was ordered to serve forty-five days in a punishment cell. The day after that order was made, he wrote a letter to his sister in which he said that he was "at the limit". After seeing the letter, his lawyer asked the investigating judge to order a psychiatric examination of her client to ascertain whether his mental state was compatible with detention in a punishment cell. However, the prisoner was found hanged before he could be examined; three days earlier he had been given several days' supply of medication, with no supervision of his taking it.

The public prosecutor opened a preliminary investigation which found, *inter alia*, that the prisoner had committed suicide and that there were no traces of medicinal substances in his body. Following the judicial investigation a ruling was made that there was no case to answer; that decision was upheld on appeal.

Held

Article 2: The evidence showed that the authorities had known from the moment of the initial suicide attempt that the prisoner was suffering from acute psychotic

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

disorders capable of resulting in self-harm. Although his condition had been variable and there had not necessarily been an immediate risk of a further suicide attempt, the risk had been real and he should have been closely monitored for any sudden deterioration in his condition. Furthermore, it might have been expected that, knowing the prisoner's condition, the authorities would take appropriate measures to check that it was compatible with continued detention. However, despite his suicide attempt and the diagnosis of his mental condition, the question of his admission to a psychiatric hospital did not appear ever to have been discussed. Further, having failed to order a suitable placement for him, the authorities should at the very least have provided medical treatment corresponding to the seriousness of his condition. Without overlooking the difficulties inherent in a prison environment, serious doubts arose as to the advisability of leaving a prisoner known to be suffering from psychotic disorders to administer his own daily medication unsupervised. Although it was not known what had driven the prisoner to suicide, the failure to ensure that he was taking his daily medication had played a part in his death. Lastly, no consideration seemed to have been given to his mental state since, three days after his suicide attempt, the prisoner had been given the maximum penalty by the disciplinary board of forty-five days' detention in a punishment cell. This had isolated him by depriving him of visits and all activities, thereby aggravating the risk of suicide. In the light of all these considerations, the authorities had failed to comply with their positive obligations to protect the prisoner's right to life.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

L.C.B. v. the United Kingdom, 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III

Aerts v. Belgium, 30 July 1998, *Reports* 1998-V

Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, ECHR 2000-XI

Tanrıbilir v. Turkey, no. 21422/93, 16 November 2000

Keenan v. the United Kingdom, no. 27229/95, ECHR 2001-III

Younger v. the United Kingdom (dec.), no. 57420/00, ECHR 2003-I

Trubnikov v. Russia, no. 49790/99, 5 July 2005

Ataman v. Turkey, no. 46252/99, 27 April 2006

Täis v. France, no. 39922/03, 1 June 2006

Rivière v. France, no. 33834/03, 11 July 2006

In the case of Renolde v. France,

The European Court of Human Rights (Fifth Section), sitting as a Chamber composed of:

Peer Lorenzen, *President*,

Rait Maruste,

Jean-Paul Costa,

Renate Jaeger,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Zdravka Kalaydjieva, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 9 and 25 September 2008,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 5608/05) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Ms H el ene Renolde (“the applicant”), on 3 February 2005.

2. The applicant was represented by Mr E. Renolde, her father, who lives in Chatou. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs E. Belliard, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that the French authorities had not taken the necessary measures to protect the life of Joselito Renolde and that his placement in a punishment cell for forty-five days had been excessive in view of his mental fragility. She relied in substance on Articles 2 and 3 of the Convention.

4. On 3 November 2005 the Court decided to give notice of the application to the Government. It also decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility (Article 29 § 3 of the Convention).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1962 and lives in Chatou.

6. The applicant is the sister of Joselito Renolde, who was born on 17 August 1964 and died on 20 July 2000 after hanging himself in a cell in Bois-d’Arcy Prison, where he was in pre-trial detention. They are members of a family of travellers.

A. The facts

7. Joselito Renolde was separated from his former partner, with whom he had two children.

8. On 12 April 2000 he was placed under investigation by the investigating judge at the Meaux *tribunal de grande instance* for the armed assault on 8 April 2000 of his former partner and their 13-year-old daughter, occasioning total unfitness for work for more than eight days, and also for criminal damage and theft.

9. On the same day, Joselito Renolde was placed in pre-trial detention in Meaux Prison. A medical and psychological report ordered by the investigating judge, submitted on 19 July 2000, found that he had retardations and deficits in the cognitive sphere; that, having a neurotic structure, he possessed immature and infantile defence mechanisms and several paranoid traits; and that, as he was incapable of mentalising, all his violence was expressed on a physical level.

10. On 30 June 2000 he was transferred to Bois-d’Arcy Prison to be closer to his family. His personal file described him as a normal person and mentioned sedative treatment.

11. On 2 July 2000 Joselito Renolde attempted to commit suicide by cutting his arm with a razor and was treated at the infirmary. The warder on duty found him to be somewhat “disturbed” and called in the Rapid Crisis Intervention Team (*Équipe Rapide Intervention de Crise* – “the ERIC”) from the psychiatric unit at Charcot Hospital after Joselito Renolde had claimed to be hearing voices. The duty officer also observed three other cuts on his forearm and noted in the file that he had forced his way out of his cell.

12. The emergency report drawn up by the ERIC team stated:

“Patient who made an SA [suicide attempt] by cutting his forearm with a razor. This act took place in the context of a hallucinatory delusional state observed since yesterday by the prison duty staff. On being interviewed, the patient displays incoherent, dissociative speech, a listening attitude, mentions verbal hallucinations, [illegible], persecutory delusional statements ... The patient mentions his psychiatric history,

says that he has already been admitted to hospital and has already taken Tercian ...
Conclusion: acute delirious episode.”

13. The ERIC team accordingly prescribed antipsychotic neuroleptic treatment, later adding an anxiolytic. The infirmary staff supplied the medicine to Joselito Renolde twice a week from 2 July 2000, without checking that he actually took it.

14. From 3 July 2000 onwards, Joselito Renolde was treated by the Regional Medical and Psychological Service (*service medico-psychologique regional* – “the SMPR”) and placed in a cell on his own under special supervision, which took the form of more frequent patrols. He was seen by the SMPR on 3, 4, 5, 7, 8, 10, 13, 18, 19 and 20 July 2000.

15. On 4 July 2000 a trainee warder reprimanded him for throwing a piece of bread out of the window. Joselito Renolde threatened her with a fork, saying: “I’ll see you outside and we’ll see who has the power.”

He then threw a stool in her face. The warder was certified unfit for work for five days.

16. During the inquiry into that incident, Joselito Renolde made incoherent statements and denied what had happened. The inquiry report stated: “very disturbed prisoner who already wanted to go to the SMPR at 7.50 a.m., received by the SMPR in the afternoon.” As to the action to be taken, the report stated: “Very disturbed prisoner, being monitored by the SMPR, will need to go before the disciplinary board.”

17. On 5 July 2000 Joselito Renolde was interviewed by the disciplinary board and spoke coherently. He stated that he had been asleep because of his medication but that the warder would not leave him alone; he denied that he had thrown a stool at her or threatened her with a fork but admitted having thrown a piece of bread outside.

18. The disciplinary board found it established that physical violence had been used, entailing disciplinary offences punishable under Article D. 249-1 and Article D. 249-2, paragraph 1, of the Code of Criminal Procedure. Joselito Renolde was given a penalty of forty-five days in a punishment cell, which he began serving on 5 July 2000.

19. On 6 July 2000 he wrote a letter to his sister in which he compared his cell to his tomb and said that he was “at the limit” and taking tablets. He explained to her that he would be spending forty-five days confined within four walls, with no television or music. In a drawing he depicted himself as crucified on a tomb bearing his name, next to the bed in his punishment cell, and ended his letter as follows:

“Lito [his nickname] is a sad story, you know, I don’t know if my life is worth living, with all the troubles I have ... and yet I haven’t hurt anyone. You know, I’m alive and I don’t even know why. I believe in heaven, maybe it’s better up there. You know, I

would like to sleep and never wake up again. What is keeping me going are the little ones at home, because I love them.”

20. The letter was sent on 10 July 2000 (date of the postmark).

21. In a letter of 12 July 2000, received at the investigating judge’s registry on 17 July 2000, Joselito Renolde’s lawyer asked the judge to order a psychiatric examination of her client in order to ascertain whether his mental state was compatible with detention in a punishment cell. The letter from the lawyer read as follows:

“... I met Mr Joselito Renolde in Bois-d’Arcy Prison, in a punishment cell where he has been placed for forty-five days.

Mr Joselito Renolde’s mental state prompted the present request.

I asked Mr Joselito Renolde to describe the events that led to disciplinary proceedings being instituted against him. He stated, among other things: ‘I was hearing voices ... It was my family ... I wake up in the morning, I say it’s daylight ... They tell me it isn’t ...’, etc. ...

I was unable to establish a coherent dialogue with Mr Joselito Renolde.

Having regard to this state of affairs and the worsening of his condition (I would also point out that, unless I am mistaken, Mr Joselito Renolde has been admitted to a psychiatric institution in the past), I consider it essential that he should be seen as soon as possible by a psychiatric expert appointed by you.

The purpose of the present request is therefore to obtain a psychiatric examination of Mr Joselito Renolde, the expert being instructed, in particular, to determine whether Mr Renolde’s mental or physical state is compatible with pre-trial detention as currently being served, in particular, placement in a punishment cell, and whether he should undergo appropriate treatment in view of his condition.”

22. According to information supplied by the Government, the request for an examination was referred on 19 July 2000 by the investigating judge to the public prosecutor, who stated on the same day that he had no objection to such a measure.

23. Joselito Renolde was supplied with medication for the last time on 17 July 2000. He was handed several days’ medication, without any supervision of his taking it.

24. During the night of 19 to 20 July 2000, an intervention report noted that at 4.25 a.m. Joselito Renolde was not asleep, was tapping at the bars of his cell and wanted to go out.

25. On 20 July 2000, between 11 a.m. and 12 noon, a nurse from the psychiatric service met him and told him that someone from social services would be coming to see him later. On leaving his cell for exercise at 3 p.m., he asked to see a doctor. At 4 p.m. he returned to his cell.

26. At 4.25 p.m. the warder on patrol found him hanging from the bars of his cell with a bed sheet. A doctor and two nurses from the Outpatient Consultation and Treatment Unit (*unité de consultation et de soins ambulatoires* – “the UCSA”) arrived at 4.30 p.m., followed by the ambulance service and fire brigade at 4.45 p.m. Despite efforts to revive him, Joselito Renolde was pronounced dead at 5 p.m.

B. Procedure

27. After being called to the scene at 4.50 p.m., the police conducted initial inquiries and interviews. The Versailles public prosecutor visited the scene at 7 p.m. and a preliminary investigation was opened.

28. On 21 July 2000 a forensic medical examiner conducted an autopsy and reached a finding of suicide by hanging.

29. An expert toxicological report, ordered by the public prosecutor on 21 July 2000, found that no medicinal substances were present in Joselito Renolde’s body, other than paracetamol.

30. The warders who had been present on the scene, the medical staff and the prisoners placed in solitary confinement in neighbouring cells were questioned.

31. Mr R., a warder, stated that on the day of the incident Joselito Renolde had gone out for exercise without any trouble and that he had been seen that same morning by the medical and psychological service, who had not issued any instructions concerning him. Mr R. added:

“Mr Renolde told us that he could hear his son speaking to him at night. He explained that people wanted to come into his cell.”

32. One of the prisoners in solitary confinement in a neighbouring cell, Mr N., stated:

“During our discussions, he told me that he felt anxious and down as he was not used to being alone, and he would speak to God, asking him what he was doing here, and would start to cry ... I called out to him but he did not reply because he was crying.”

33. Mr R., a warder, mentioned that on 2 July 2000 he had had to call the ERIC team because Joselito Renolde had been making strange comments, saying that he could hear his son calling him and telling him that he wanted to kill him. Mr R. added:

“Objectively, I believe that this person was not at ease with himself. I know that he was on medication because he was being monitored by the SMPR. It should be pointed out that Renolde was under special supervision because he was being monitored by the psychiatric service.”

34. Dr L., the psychiatrist in charge of the SMPR, confirmed that the SMPR had supplied Joselito Renolde with medication for several days in his cell twice a week, on Tuesdays and Fridays, without the nurses checking whether he actually took it. He pointed out that, where a prisoner's mental state required regular attention, the doctor ordered the medication to be taken daily in the SMPR in the presence of the nurses. In Joselito Renolde's case, he stated that the members of his service had not "at any time noted any factors suggesting that the medication should be taken at shorter intervals, or in the service itself". He added that checking whether all medication prescribed by the SMPR was actually taken was impossible and "contrary to the principle of trust which underlies the therapeutic alliance in a hospital environment".

35. Mr B., a psychiatric nurse, stated that Joselito Renolde had not displayed an attitude suggesting that he might not take his medication.

36. Ms H., the psychiatric nurse who had seen him the morning before his suicide, stated that he had not seemed particularly depressive to her and that no comments of a depressive nature had aroused her attention that day.

37. Joselito Renolde's former girlfriend, who was likewise questioned, stated that he had been admitted to psychiatric institutions on several occasions.

38. On 8 September 2000 the public prosecutor applied for a judicial investigation to be opened in respect of a person or persons unknown for manslaughter, and an investigating judge of the Versailles *tribunal de grande instance* was appointed to that end. On 15 September 2000 Joselito Renolde's brothers and sisters, including the applicant, applied to join the proceedings as civil parties.

39. On 16 October 2000 the investigating judge appointed two psychiatric experts, Dr G. and Dr P., instructing them to inspect Joselito Renolde's medical records; to analyse their contents and to determine whether the condition from which he suffered was compatible with detention in a punishment block, whether the absence of medicinal substances in his blood was normal, whether it was to be concluded that he had deliberately refrained from taking his medication and whether such an interruption of treatment had influenced his behaviour, and in particular his suicide; to clarify the reason for the ERIC team's intervention on 2 July 2000; to interview, if necessary, the SMPR psychiatrist and nurses and the members of the ERIC team; and to determine whether Joselito Renolde's suicide had been foreseeable in view of his conduct and state of health.

40. The experts inspected the file on the criminal proceedings and Joselito Renolde's medical records. On 29 March 2001 they submitted their report, concluding as follows:

“The medical records as a whole and the interviews of those who came into contact with Mr Renolde indicate the following:

– He had acute psychotic disorders at the time of his arrival in Bois-d’Arcy, and those disorders seem to have receded fairly quickly as a result of the medication prescribed. In any event, there is little mention of these delusional factors in later observations, although a prison warder observed that Mr Renolde talked to himself at night (hallucinatory dialogue?). The SMPR team found his psychiatric condition to be compatible with detention, not requiring admission to a psychiatric institution. The letter which the prisoner sent his parents on 18 July shows that he retained a certain degree of coherence, although he may have been keeping his delirium or hallucinatory disorders to himself.

– There is no evidence in the file indicating the presence of a depressive syndrome as such: no sign of carelessness, no expression of suicidal thoughts, no manifest sadness, apart from, of course, a legitimate gloominess or sadness linked to incarceration, separation from his children, etc. ...

Having regard to the context and to the information in our possession, we consider that his committing suicide was more the consequence of a psychotic disorder than of a depressive syndrome. The act may have taken place in a hallucinatory state (it appears that he sometimes heard voices telling him to kill himself), especially if the medication had not been correctly taken, as the toxicological examinations show.

It is to be noted that the response of the ERIC team, which intervened from the outset following a suicide attempt, was to prescribe neuroleptics and not antidepressants, which confirms the psychotic nature. These disorders could perhaps have called for a discussion of the advisability of admission to a psychiatric unit if the hallucinatory, dissociative and delusional aspects had been prominent and hence incompatible with continued detention. However, seeing that the disorders rapidly improved, it may be felt that continued detention remained possible in so far as the SMPR kept the prisoner under very close observation, although supervision of his daily taking of medication would also have been helpful.

Conclusions:

1. Mr Joselito Renolde was suffering from psychotic disorders at the time of his arrival in Bois-d’Arcy Prison. His psychotic disorders were described as an acute delirious episode by the ERIC team and he made an initial suicide attempt on 2 July 2000 by phlebotomy. The suicide attempt may have taken the form of self-mutilation in a delusional state. It is also legitimate to wonder whether his assault on a warder, in the days that followed, was not likewise part of a pathological acting-out process. A course of neuroleptic treatment was immediately started, which seems to have been effective in that Mr Renolde’s speech became more coherent. At the same time, he was placed in the punishment block. If his state of health was compatible with detention, we do not consider that placement in the punishment block could actually have worsened his psychological condition, since the dominant disorders were not depressive but psychotic. It remains to be determined whether such disorders could have been treated satisfactorily in detention, bearing in mind that the medication was

handed to the prisoner only twice a week and thus left at his disposal. In view of his lack of awareness of the disorders, it would perhaps have been preferable to have supplied him with the medication every day and to have supervised his taking it.

2. If no medicinal substance was found in the toxicological examinations, it can only be concluded that the prisoner refrained deliberately (or in a state of delirium) from taking his medication (anxiolytics and neuroleptics). It cannot therefore be ruled out that this poor medicine compliance might have contributed to the suicide, which may have been committed in a state of delirium. However, even if Mr Renolde was no longer under medication, none of the members of the team, including the nurse who met him on the day of his suicide, noted any resurgence of delirium, any incoherent behaviour or any major signs of dissociation. The suicide attempt cannot be solely ascribed to psychotic disorders. It may quite conceivably have taken place at a time of legitimate despair or sadness in a person who readily resorted to acting-out (suicide attempt on 2 July, assault on 5 July, suicide on 20 July).

3. On 2 July the ERIC team treated an injury which Mr Renolde had intentionally inflicted to his forearm with a razor blade in a moment of delirium. The practitioners attending to Mr Renolde did not observe any sign of depression but manifest psychotic disorders involving delirium, hallucination, the listening attitude, etc...

4. Having regard to the information in our possession, we did not consider it necessary to meet the SMPR staff and the members of the ERIC team.

5. This prisoner's suicide was not foreseeable, at least in the short term, in so far as he did not display any suicidal intentions, no manifest depressive syndrome was present, and he was regularly monitored by the SMPR staff and had been seen that day by a nurse, who did not report anything abnormal in his behaviour."

41. The civil parties were interviewed by the investigating judge on 23 May 2001.

42. On 23 July 2001 the judge notified the parties that the investigation was complete. In a letter of 9 August 2001 the civil parties' lawyer asked for certain steps to be taken, namely for the persons responsible to be charged with the manslaughter of Joselito Renolde through a breach of their duties of care and safety, in the alternative with endangering his person by placing him in a punishment cell although he was known to be extremely fragile, and in the further alternative with failing to assist a person in danger.

43. In an order of 14 August 2001, the judge refused the request, giving the following reasons:

"The persons who had 'custody' of Joselito Renolde were not qualified to assess his physical and mental condition or to intervene in the process of distributing and administering his medication.

Mr Renolde was monitored on a very regular basis by the SMPR shortly after being transferred to Bois-d'Arcy Prison. He was seen nearly ten times by that service between 3 and 20 July. His suicide attempt on 2 July prompted the ERIC team to intervene and to prescribe medication, which alleviated Mr Renolde's psychotic disorders. The

SMPR staff found his psychiatric condition to be compatible with detention, including in a punishment cell, since it did not decide to admit him to a psychiatric institution.

The experts did not find any evidence in the subject's psychiatric records suggesting the presence of a depressive syndrome. In their view, his suicide was more the consequence of a psychotic disorder than of a depressive syndrome.

Accordingly, the constituent elements of manslaughter, endangering the person of another or failing to assist a person in danger have not been made out.”

44. In an order of 11 September 2001, the judge ruled that there was no case to answer, on the ground that the investigating authorities had found no basis on which anyone could be held criminally liable.

45. The civil parties appealed against the order to the Investigation Division of the Versailles Court of Appeal, asking for further inquiries to be made with a view to bringing charges against all those responsible for the offences of manslaughter, endangering the life of another and failing to assist a person in danger. In a memorial of 12 March 2002 they expressed doubts, in particular, about the forty-five day disciplinary sanction imposed on Joselito Renolde, who was known to be a fragile person who had already attempted suicide and had displayed suicidal intentions in his letters.

46. In an interlocutory judgment of 29 March 2002, the Investigation Division ordered additional inquiries and appointed one of its judges to conduct them.

47. On 14 January 2003 the judge requested a copy of the file on the investigation in respect of Joselito Renolde.

48. On 19 May 2003 the judge interviewed Mr C., deputy governor of Bois-d'Arcy Prison and the person in charge of the “adult” wing, which included the “arrivals” block, the solitary-confinement block and the punishment block. Mr C. stated that Joselito Renolde had been included in the warders' special register from 2 July 2000, after slashing his arms, and that he had then been examined by the psychiatric emergency team. The psychiatrist had found that he was in a delusional state with acute psychotic decompensation. From that date on, he had been under special supervision and had been placed in a cell on his own. Mr C. explained that the taking of medication by prisoners was the responsibility of the SMPR staff and not the prison authorities. He also pointed out that the monitoring of correspondence could not entail reading every letter in detail.

49. On 29 September 2003 the investigating judge of the Court of Appeal ordered a further toxicological report on the basis of samples taken on 21 July 2000, with a view to determining the date on which Joselito Renolde might have stopped taking his prescribed medication. The report, submitted on 4 February 2004, concluded that at the time of his death,

Joselito Renolde had not taken the prescribed anxiolytic medication for at least one to two days, and the neuroleptic medication for at least two to three days.

50. On 18 May 2004 the judge interviewed Dr L., the psychiatrist in charge of the Bois-d’Arcy SMPR. Dr L. considered that Joselito Renolde’s condition had not called for any particular precautions in terms of taking medication, and that there had been no clearly identified or suspected suicide risks, no serious behavioural disorders and no suspicion of incorrect use of medication. Nor, in the psychiatrist’s view, was there any incompatibility in prescribing neuroleptic medication to a prisoner in a punishment cell.

51. The submission of the findings of the additional inquiries was noted in a judgment of 11 June 2004.

52. A hearing before the Investigation Division was held on 12 January 2005.

53. In a judgment of 26 January 2005, the Investigation Division upheld the ruling that there was no case to answer, holding as follows:

“Following the prescription of neuroleptic medication by the medical service, no further signs of aggression towards others or himself were observed on the part of Joselito Renolde after the incident of 4 July 2000 until the afternoon of 20 July. The medication prescribed was therefore effective during that period.

It was decided by the medical authorities in the present case that Joselito Renolde should be allowed to administer his own treatment after being supplied with several days’ medication. There was a distribution on 17 July. The expert toxicological report established that the prisoner had not taken the medication supplied to him.

Joselito Renolde’s medication was thus administered in accordance with the regulations set out in the circular of 8 December 1994 on the provision of health care for prisoners. Since the principle that medication is taken freely by the prisoner was observed in Joselito Renolde’s case, it cannot be concluded on the basis of the evidence available prior to the afternoon of 20 July 2000 that the failure to depart from this principle constituted negligence within the meaning of Article 121-3, paragraph 4, of the Criminal Code on the part of any doctor or member of the medical staff of Bois-d’Arcy Prison. Since the time of Joselito Renolde’s placement in a punishment cell, no suicide risk or serious behavioural disorder had been identified; nor was there any suspicion of incorrect use of medication.

Accordingly, as regards the actions of the prison staff, neither the investigation nor the additional inquiries have found any potential evidence of negligence within the meaning of Article 121-3, paragraph 4, of the Criminal Code.

Nor did the imposition of a disciplinary sanction on Joselito Renolde constitute a manifestly deliberate breach of a special statutory or regulatory duty of safety or care exposing the prisoner to an immediate risk of death or injury. The same applies to the fact of not checking that the medication was taken. No provision prohibited the

imposition of a disciplinary sanction in Joselito Renolde's case or [dictated] that he should be compelled to take his medication.

Lastly, no evidence from the investigation or the additional inquiries supports the conclusion that anyone deliberately refrained from providing or ensuring the provision of assistance to Joselito Renolde, who had been prescribed medication and had not caused any particular incident for fifteen days."

The civil parties did not appeal on points of law.

II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

1. *Psychiatric treatment in prisons*

54. Since 1986, psychiatric treatment for prisoners has been provided by the public hospital service. Article 11 of the decree of 14 March 1986¹, issued pursuant to the Psychiatric Sectorisation Act of 31 December 1985, provides:

"Within each regional branch of the Prison Service, one or more prison-based psychiatric sectors shall be set up, each attached to a public hospital ... Each of these sectors shall include a regional medical and psychological service [SMPR], based in a prison facility ...

The sector shall be placed under the authority of a hospital psychiatrist ... and assisted by a multidisciplinary team from the hospital to which the sector is attached ..."

55. Article 11, paragraph 3, of the decree provides that the SMPRs' duties, organisational structure and operating procedures are to be laid down in a set of model rules.

The order of 14 December 1986 on the model rules states the following:

Article 2

"The regional medical and psychological service ... shall engage in activities for the prevention, diagnosis and treatment of mental disorders for the benefit of the prison population in the facility in which it is based ..."

Article 3

"The regional medical and psychological service shall, more specifically, perform the following tasks:

- a general task of prevention of mental illness in the prison environment, in particular through systematic testing for mental disorders of all those entering the facility in which it is based;

1. These provisions are reproduced in Articles D. 372 et seq. of the Code of Criminal Procedure.

– provision of the necessary psychiatric treatment to both remand and convicted prisoners ...”

56. The Law of 18 January 1994 transferred responsibility for the provision of all treatment for prisoners to the public hospital service. Prisoners receive treatment from medical units – outpatient consultation and treatment units (UCSAs) – that are set up within prisons and are directly attached to the nearest public hospital (Article D. 368 of the Code of Criminal Procedure).

57. Article D. 373, paragraph 3, of the Code provides that the practical aspects of the SMPR’s intervention and its coordination with the UCSA are to be laid down in a protocol drawn up in accordance with the decree of 14 March 1986.

58. Article D. 382 of the Code provides that, if the doctors from the SMPR or the UCSA consider that a prisoner’s health is not compatible with detention, they are to notify in writing the prison governor, who must immediately inform, where appropriate, the relevant judicial authority.

59. Article D. 398 provides:

“Detainees suffering from the mental disorders referred to in Article L. 342 of the Public Health Code cannot be kept in a prison facility.

On the basis of a detailed medical certificate and in accordance with the legislation in force, it shall be the duty of the prefect to ensure that they are compulsorily admitted as soon as possible to an approved health-care institution within the meaning of Article L. 331 of the Public Health Code.

The rule in the second paragraph of Article D. 394 concerning supervision by a police or gendarmerie officer while in the institution shall not apply to them.”

2. Prisoners’ disciplinary offences and penalties

60. Article D. 249 of the Code of Criminal Procedure divides disciplinary offences by prisoners into three degrees of severity. Article D. 249-1 provides that physical violence by a prisoner against a member of the prison staff constitutes a first-degree offence (the most serious).

61. Placement in a punishment cell is provided for in Article D. 251, point (5), of the Code. Article D. 251-3 of the Code lays down the terms of such placement:

“Placement in a punishment cell under Article D. 251, point (5), consists in placing the prisoner in a cell equipped for that purpose, which he must occupy alone. The penalty shall throughout its duration entail the prohibition of purchases in the canteen in accordance with Article D. 251, point (3), and the prohibition of visits and all activities.

However, prisoners in a punishment cell shall have one hour's exercise per day in an individual yard. The penalty shall, moreover, entail no restrictions on their rights regarding written correspondence.

The duration of the placement in a punishment cell shall not exceed forty-five days for a first-degree disciplinary offence, thirty days for a second-degree disciplinary offence and fifteen days for a third-degree disciplinary offence."

3. *Relevant provisions of the Criminal Code*

62. Article 121-3 of the Criminal Code provides:

"No serious crime (*crime*) or other major offence (*délit*) can be established in the absence of intention to commit it.

However, where the law so provides, deliberately endangering the person of another shall constitute a major offence.

A major offence shall also be established, where the law so provides, in cases of recklessness, negligence or a breach of a duty of care or safety laid down by statute or regulation where it is found that the person concerned failed to display normal diligence, regard being had where appropriate to the nature of his role or functions, his responsibilities and the power and means at his disposal.

In the case referred to in the preceding paragraph, natural persons who did not directly cause the damage, but who created or contributed to creating the situation which allowed the damage to occur or failed to take steps enabling it to be avoided, shall be criminally liable where it is established that they have committed a manifestly deliberate breach of a particular duty of care or safety laid down by statute or regulation, or an act of gross negligence which exposed another person to a particularly serious risk of which they could not have been unaware ..."

4. *Case-law of the administrative courts*

63. Although the principle of State liability for the acts of the prison authorities, particular in relation to prisoner suicides, has been affirmed by the *Conseil d'Etat* since 1918, such liability has traditionally required the existence of gross negligence.

In the *Chabba* judgment of 23 May 2003 (*AJDA* 2003, p. 157) the *Conseil d'Etat* departed from its previous position and acknowledged State liability for the suicide of a remand prisoner, on account of a series of acts of ordinary negligence attributable to the Prison Service. That position has since been reaffirmed (see, for example, Nancy Administrative Court of Appeal, *Tahar Sidhoun*, 17 March 2005, *Petites Affiches* no. 102, 23 May 2006, p. 6, note by P. Combeau, and Marseilles Administrative Court, 9 February 2006, *Plein Droit* no. 71, December 2006, Jurisprudence p. V, concerning a suicide in an administrative detention centre).

B. Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe

1. Recommendation No. R (98) 7

64. The relevant parts of Recommendation No. R (98) 7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison read as follows, as regards prisoners suffering from mental disturbance:

“... D. Psychiatric symptoms, mental disturbance and major personality disorders, risk of suicide

...

55. Prisoners suffering from serious mental disturbance should be kept and cared for in a hospital facility which is adequately equipped and possesses appropriately trained staff. The decision to admit an inmate to a public hospital should be made by a psychiatrist, subject to authorisation by the competent authorities.

56. In those cases where the use of close confinement of mental patients cannot be avoided, it should be reduced to an absolute minimum and be replaced with one-to-one continuous nursing care as soon as possible.

57. Under exceptional circumstances, physical restraint for a brief period in cases of severely mentally ill patients may be envisaged, while the calming action of appropriate medication begins to take effect.

58. The risk of suicide should be constantly assessed both by medical and custodial staff. Physical methods designed to avoid self-harm, close and constant observation, dialogue and reassurance, as appropriate, should be used in moments of crisis. ...

F. Violence in prison: disciplinary procedures and sanctions, disciplinary confinement, physical restraint, top security regime

...

66. In the case of a sanction of disciplinary confinement, any other disciplinary punishment or security measure which might have an adverse effect on the physical or mental health of the prisoner, health-care staff should provide medical assistance or treatment on request by the prisoner or by prison staff. ...”

2. Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules, adopted on 11 January 2006

65. The relevant parts of Recommendation Rec(2006)2 read as follows:

“The Committee of Ministers, under the terms of Article 15 (b) of the Statute of the Council of Europe,

...

Recommends that governments of member States:

– be guided in their legislation, policies and practice by the rules contained in the appendix to this recommendation, which replaces Recommendation No. R (87) 3 of the Committee of Ministers on the European Prison Rules; ...

Appendix to Recommendation Rec(2006)2

...

12.1 Persons who are suffering from mental illness and whose state of mental health is incompatible with detention in a prison should be detained in an establishment specially designed for the purpose.

12.2 If such persons are nevertheless exceptionally held in prison there shall be special regulations that take account of their status and needs.

...

39. Prison authorities shall safeguard the health of all prisoners in their care.

...

40.4 Medical services in prison shall seek to detect and treat physical or mental illnesses or defects from which prisoners may suffer.

40.5 All necessary medical, surgical and psychiatric services including those available in the community shall be provided to the prisoner for that purpose.

...

42.3 When examining a prisoner the medical practitioner or a qualified nurse reporting to such a medical practitioner shall pay particular attention to:

...

(b) diagnosing physical or mental illness and taking all measures necessary for its treatment and for the continuation of existing medical treatment;

...

(h) noting physical or mental defects that might impede resettlement after release;

...

(j) making arrangements with community agencies for the continuation of any necessary medical and psychiatric treatment after release, if prisoners give their consent to such arrangements.

43.1 The medical practitioner shall have the care of the physical and mental health of the prisoners and shall see, under the conditions and with a frequency consistent with health-care standards in the community, all sick prisoners, all who report illness or injury and any prisoner to whom attention is specially directed.

...

43.3 The medical practitioner shall report to the director whenever it is considered that a prisoner's physical or mental health is being put seriously at risk by continued imprisonment or by any condition of imprisonment, including conditions of solitary confinement.

..."

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

66. The applicant alleged that the French authorities had not taken the necessary measures to protect Joselito Renolde's right to life. She relied in substance on Article 2 of the Convention, which provides:

"Everyone's right to life shall be protected by law."

...

B. Merits

1. *The parties' submissions*

74. The applicant submitted that the French authorities had not taken the necessary steps to protect Joselito Renolde's right to life. She referred in particular to the letter sent by his lawyer to the investigating judge, received three days before his suicide, in which the lawyer had mentioned the worsening of her client's mental state and asked for an expert assessment of whether his condition was compatible with detention, and in particular with placement in a punishment cell.

75. After citing the Court's case-law on the subject (see, in particular, *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, ECHR 2001-III; *Tanribilir v. Turkey*, no. 21422/93, 16 November 2000; and *A.A. and Others v. Turkey*, no. 30015/96, 27 July 2004), the Government recounted the timeline of events and submitted that the authorities had taken appropriate steps to protect Joselito Renolde's life, having regard to the information available at the time the events had occurred.

76. The Government submitted that it was acknowledged that Joselito Renolde had been suffering from psychotic disorders, which had manifested themselves in an act of self-harm on 2 July 2000. Medical treatment had been prescribed and he had subsequently been regularly monitored by the SMPR's medical team, which had seen him ten times between 3 and 20 July 2000. On the SMPR's recommendation, the prison authorities had placed him in an individual cell under special supervision. When he had later been

placed in a punishment cell, he had been monitored every half-hour during the day. At no time had the SMPR indicated to the prison authorities that he posed a suicide risk. It was clear from the expert report by Dr G. and Dr P. that his suicide had not been foreseeable, at any rate in the short term, in the absence of any sign of suicidal intentions or a depressive syndrome, and that on the actual day of his suicide the nurse who had seen him had not reported anything abnormal in his behaviour.

77. The Government further pointed out that the prison's medical staff (the SMPR and the UCSA) had never indicated that his condition might be incompatible with detention, whether under the ordinary regime or in the punishment block, and that the experts had found that his placement in the punishment block did not appear to have actually worsened his condition.

78. Lastly, with regard to his medication, the experts had observed that it would perhaps have been preferable to have supplied him with it every day and to have supervised his taking it. The medical staff, however, had taken the view that such an approach was unnecessary, since Joselito Renolde had never shown any signs of refusing to take his medication and his condition did not appear to have worsened. The psychiatrist in charge of the SMPR had considered that the treatment had been administered in accordance with the 1994 circular on the provision of health care for prisoners, and the SMPR had kept Joselito Renolde under very close observation.

79. The Government concluded that these factors were not capable of suggesting that there had been a clear and immediate risk that Joselito Renolde would commit suicide on 20 July 2000, and maintained that the national authorities had responded in a reasonable way to his behavioural problems. In any event, they could not be criticised for failing to take specific measures such as removing sheets from the cell.

2. *The Court's assessment*

(a) **Recapitulation of principles**

80. The Court reiterates that the first sentence of Article 2 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction. The Court's task is therefore to determine whether, given the circumstances of the case, the State did all that could have been required of it to prevent the applicant's brother's life from being avoidably put at risk (see, for example, *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III).

81. The Court further reiterates that Article 2 may imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take

preventive operational measures to protect an individual from another individual or, in particular circumstances, from himself (see *Tanrıbilir*, cited above, § 70; *Keenan*, cited above, § 89; and, *mutatis mutandis*, *Ataman v. Turkey*, no. 46252/99, § 54, 27 April 2006).

82. However, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising (see *Tanrıbilir*, cited above, §§ 70-71; *Keenan*, cited above, § 90; and *Tais v. France*, no. 39922/03, § 97, 1 June 2006).

83. The Court has had previous occasion to emphasise that persons in custody are in a vulnerable position and that the authorities are under a duty to protect them (see *Keenan*, cited above, § 91; *Younger v. the United Kingdom* (dec.), no. 57420/00, ECHR 2003-I; and *Trubnikov v. Russia*, no. 49790/99, § 68, 5 July 2005). The prison authorities, similarly, must discharge their duties in a manner compatible with the rights and freedoms of the individual concerned. There are general measures and precautions which will be available to diminish the opportunities for self-harm, without infringing personal autonomy. Whether any more stringent measures are necessary in respect of a prisoner and whether it is reasonable to apply them will depend on the circumstances of the case (see *Keenan*, cited above, § 92; *Younger*, cited above; and *Trubnikov*, cited above, § 70).

84. Lastly, the Court reiterates that, in the case of mentally ill persons, regard must be had to their particular vulnerability (see *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, § 66, *Reports* 1998-V; *Keenan*, cited above, § 111; and *Rivière v. France*, no. 33834/03, § 63, 11 July 2006).

(b) Application to the present case

85. In the light of the above, the Court has examined whether the authorities knew or ought to have known that Joselito Renolde posed a real and immediate risk of suicide and, if so, whether they did all that could reasonably have been expected of them to prevent that risk.

86. The Court observes that on 2 July 2000, eighteen days before his death, Joselito Renolde attempted suicide by cutting his arms. The warder on duty at the time noticed three other cuts on his forearm. The psychiatric emergency team diagnosed an acute delirious episode and prescribed Joselito Renolde antipsychotic neuroleptic medication. On that occasion, Joselito Renolde mentioned that he had a history of psychiatric problems

and that he had previously been admitted to a psychiatric institution and given neuroleptic treatment. Following that incident, from 3 July 2000 he was monitored by the SMPR, who continued the antipsychotic treatment.

87. The Court notes that the expert report by Dr G. and Dr P. concluded that Joselito Renolde had been suffering from psychotic disorders at the time of his arrival in the prison and that his suicide attempt was not linked to a depressive syndrome but to a delusional acting-out process attributable to such disorders.

88. The Court further observes that in the days following his suicide attempt, Joselito Renolde continued to show signs of worrying behaviour despite his supervision by the SMPR and the neuroleptic medication: assault on a warder, incoherent statements during the investigation into the assault, auditory hallucinations (he told the warder R. that he could hear his son talking to him at night), and incoherent discussions with his lawyer, prompting her to request a psychiatric assessment. Lastly, the Court notes that in his letter of 6 July 2000 (after he had been placed in the punishment cell), which must have been monitored by the prison authorities, he depicted himself as crucified on a tomb and mentioned the idea of ending his life.

89. In the light of the above considerations, the Court concludes that from 2 July 2000 onwards, the authorities knew that Joselito Renolde was suffering from psychotic disorders capable of causing him to commit acts of self-harm. Although his condition and the immediacy of the risk of a fresh suicide attempt varied, the Court considers that that risk was real and that Joselito Renolde required careful monitoring in case of any sudden deterioration (see *Keenan*, cited above, § 96, and contrast *Trubnikov*, cited above, §§ 73-74).

90. It remains to be determined whether the authorities did all that could reasonably be expected of them to avoid that risk.

91. The Court observes that the authorities undeniably made efforts to that end: firstly, they responded promptly when Joselito Renolde cut his arm on 2 July 2000, by calling in the psychiatric emergency team. After being placed under observation by the SMPR on 3 July 2000, Joselito Renolde was moved to an individual cell and was subject to special supervision in the form of more frequent patrols. Subsequently, when he was placed in the punishment cell, he was monitored every half-hour during the day.

92. Moreover, there does not appear to be any evidence of negligence or lack of supervision in the course of the events on the day Joselito Renolde died, since his request to see a doctor when he left his cell for exercise was sent on immediately and a maximum of twenty-five minutes elapsed between his return to his cell and the discovery of his death by the warder.

93. From a medical perspective, the Court notes that the SMPR monitored Joselito Renolde from 3 July 2000 and saw him ten times between 3 and 20 July 2000, and that on the morning prior to his death, a nurse from the psychiatric service visited him.

94. However, the Court notes a number of factors pointing in the opposite direction.

95. Firstly, the Court observes that in *Rivière* (cited above, §§ 71-72) it held:

“... under Article D. 398 of the Code of Criminal Procedure, prisoners with mental disorders may not be held in an ordinary prison but are to be compulsorily admitted to hospital by order of the prefect.

That provision is confirmed by Article L. 3214-1 of the Public Health Code, which states that detainees suffering from mental disorders should be admitted to a specially designed wing of an ordinary health-care institution.

The Court further observes that Recommendation No. R (98) 7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison ... provides that prisoners suffering from serious mental disturbance should be kept and cared for in a hospital facility that is adequately equipped and possesses appropriately trained staff. The Court has already had occasion to cite this Recommendation (see, for example, *Naumenko v. Ukraine*, no. 42023/98, § 94, 10 February 2004), and attaches considerable importance to it, although it acknowledges that the Recommendation is not in itself binding on the member States.”

96. In the *Keenan* case (cited above), finding that there had been no violation of Article 2 of the Convention, the Court had regard, in particular, to the fact that the authorities had “responded in a reasonable way to Mark Keenan’s conduct, placing him in hospital care and under watch when he evinced suicidal tendencies” (see *Keenan*, cited above, § 96; see also, *mutatis mutandis*, *Kudla v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 96, ECHR 2000-XI).

97. In the instant case, however, the Court is struck by the fact that, despite Joselito Renolde’s suicide attempt and the diagnosis of his mental condition, it does not appear that there was ever any discussion of whether he should be admitted to a psychiatric institution. The experts noted in their report that “[his] disorders could perhaps have called for a discussion of the advisability of admission to a psychiatric unit”. However, not until Joselito Renolde’s lawyer requested steps to be taken on 12 July 2000 was an expert assessment envisaged as to whether his condition was compatible with detention.

98. In the light of the State’s positive obligation to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk, it might have been expected that the authorities, faced with a prisoner known to be suffering from serious mental disturbance and to pose a suicide risk, would

take special measures geared to his condition to ensure its compatibility with continued detention.

99. The Court considers that, seeing that the authorities did not order Joselito Renolde's admission to a psychiatric institution, they should at the very least have provided him with medical treatment corresponding to the seriousness of his condition.

100. In that connection, it has devoted particular attention to the manner in which Joselito Renolde's treatment was administered. The evidence indicates that his medication was handed to him twice a week without any supervision of his taking it. The investigation revealed in this connection that the last time Joselito Renolde had been supplied with medication was on Monday 17 July 2000, three days before his death. However, the expert toxicological reports revealed that at the time of his death he had not taken his neuroleptic medication for at least two to three days and his anxiolytic medication for at least one to two days.

101. The Court observes that, according to the conclusions of the expert report, Joselito Renolde's suicide was more the consequence of a psychotic disorder than of a depressive syndrome and may have taken place in a hallucinatory state, especially if his medication had not been taken correctly. The experts wondered whether such disorders could have been treated satisfactorily, bearing in mind that the medication was handed to the prisoner only twice a week and was thus left at his disposal. They pointed out that supervision of Joselito Renolde's daily taking of medication would have been helpful and that, in view of his lack of awareness of his disorders, it would "perhaps" have been preferable to have supplied him with the medication every day and to have supervised his taking it.

102. Despite the cautious wording of that finding, the Court notes that the experts considered that this poor medicine compliance might have contributed to Joselito Renolde's committing suicide in a state of delirium.

103. The Government asserted that, according to the members of the psychiatric team, Joselito Renolde had never shown any signs of refusing to take his medication and his condition had not recently called for special attention. The Court further notes that, during the investigation, Dr L. stated that it was impossible to supervise all medication prescribed by the SMPR.

104. The Court is not persuaded by those arguments. Without overlooking the difficulties with which those working in a prison environment are faced, it has serious doubts as to the advisability of leaving it to a prisoner suffering from known psychotic disorders to administer his own daily medication without any supervision.

105. It observes that in *Rivière* (cited above, § 63) it considered it appropriate to set apart those mental illnesses, such as psychosis, which entailed especially high risks for persons suffering from them. It notes that, in contrast to Mark Keenan, who had been diagnosed with a mild psychosis, Joselito Renolde suffered from acute psychotic disorders, according to the experts (see paragraph 40 above).

Although it is not known what made Joselito Renolde commit suicide (see *Keenan*, cited above, § 101), the Court concludes that in the circumstances of the case, the lack of supervision of his daily taking of medication played a part in his death.

106. Lastly, the Court has had regard to the fact that three days after his suicide attempt, Joselito Renolde was given the most severe disciplinary penalty, namely forty-five days' detention in a punishment cell. No consideration seems to have been given to his mental state, although he had made incoherent statements during the inquiry into the incident and had been described as "very disturbed".

107. The Court observes that placement in a punishment cell isolates prisoners by depriving them of visits and all activities, and that this is likely to aggravate any existing risk of suicide.

108. It notes that paragraph 56 of Recommendation No. R (98) 7 states that in cases where the use of close confinement of mental patients cannot be avoided, it should be "reduced to an absolute minimum and be replaced with one-to-one continuous nursing care as soon as possible". Paragraph 43.3 of Recommendation Rec(2006)2 states, for its part, that "[t]he medical practitioner shall report to the director whenever it is considered that a prisoner's physical or mental health is being put seriously at risk ... by any condition of imprisonment, *including conditions of solitary confinement*".

109. The Court reiterates that the vulnerability of mentally ill persons calls for special protection. This applies all the more where a prisoner suffering from severe disturbance is placed, as in the instant case, in solitary confinement or a punishment cell for a prolonged period, which will inevitably have an impact on his mental state, and where he has actually attempted to commit suicide shortly beforehand.

110. In the light of all these considerations, the Court concludes that the authorities in the instant case failed to comply with their positive obligation to protect Joselito Renolde's right to life, and that there has been a violation of Article 2 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

...

2. *Holds* that there has been a violation of Article 2 of the Convention in that the authorities breached their positive obligation to protect Joselito Renolde's right to life;

...

Done in French, and notified in writing on 16 October 2008, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek
Registrar

Peer Lorenzen
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Villiger is annexed to this judgment.

P.L.
C.W.

CONCURRING OPINION OF JUDGE VILLIGER

I agree with the outcome of the judgment and its thorough and structured reasoning.

However, I would not wish the reasoning to distract from what is, in my view, the crucial issue of the case. It is dealt with in paragraph 100 of the judgment. In particular, I do not think that this case is one concerning implications of Article 2 for psychiatric patients.

In my view, the case concerns the quite straightforward issue of supervising a patient who is required to take medication. The present applicant's brother was a vulnerable person with a psychiatric condition. The medical report described him as a "very disturbed prisoner" (see paragraph 16 of the judgment). He had attempted to commit suicide, and the medicaments which he was prescribed purported to prevent further suicide attempts.

It is normal practice that any vulnerable person, for example in a hospital, a nursing home or a children's home, should be supervised when taking prescribed medication. Such monitoring involves a minimal amount of time and effort. It consists in the assistant, nurse or doctor attending the patient until he or she has taken the medication and ensuring that it does not, for example, fall on the floor or is not concealed by the patient. While this description of the sequence of events may appear trite, the matter is of cardinal importance if a person will suffer, even suffer seriously, from the consequences of failing to take the prescribed medication.

It is therefore quite surprising to read in paragraph 34 of the judgment that Dr L., the SMPR psychiatrist, explained that verification of whether or not a patient had taken the prescribed medicaments was "contrary to the principle of trust which underlies the therapeutic alliance in a hospital environment". The whole case turns on this statement. While such trust might be an important element of a relationship between a medical doctor and a responsible and mature patient, I fail to see how such trust can at all be established with a vulnerable person such as the applicant's brother, who in addition had already attempted to commit suicide.

I find it surprising that the prison authorities were not in a position to undertake such supervision. Would it not have been completely disproportionate instead to send the applicant's brother to a psychiatric hospital merely to monitor that he took the required medicaments?

Since the authorities failed adequately to supervise the applicant's brother, and in view of the applicant's brother's death, they failed sufficiently to respect their obligations arising under Article 2 of the Convention.

SALDUZ v. TURKEY
(Application no. 36391/02)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 27 NOVEMBER 2008¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.

SUMMARY¹**Use in evidence of a statement given to police by a minor without access to a lawyer****Article 6 § 3 (c)**

Fair trial – Criminal proceedings – Defence rights – Use in evidence of a statement given to police by a minor without access to a lawyer – Defence through legal assistance – Systematic denial of legal assistance in police custody where offences fell within jurisdiction of State Security Courts – Statement was main evidence in support of conviction – Subsequent legal assistance and adversarial nature of ensuing proceedings could not cure earlier defect – Fundamental importance for minors to have access to a lawyer while in police custody

*

* *

The applicant, when still a minor, was arrested on suspicion of aiding and abetting a terrorist organisation, an offence triable by the State Security Courts. In accordance with the legislation, the applicant was not assisted by a lawyer when taken into police custody or when giving a statement to the police. Subsequently, on being brought before the prosecutor and the investigating judge, he sought to retract that statement, alleging that it had been extracted under duress. The investigating judge remanded him in custody, at which point he was allowed to see a lawyer. He continued to deny his statement at trial, but the State Security Court found that his confession to the police was authentic and convicted him as charged. He was given a thirty-month prison sentence.

In its judgment of 26 April 2007, a Chamber of the Court concluded that the fairness of the applicant's trial had not been prejudiced by his lack of legal assistance during his police custody.

Held

Article 6 § 3 (c): In order for the right to a fair trial under Article 6 § 1 to remain sufficiently practical and effective, access to a lawyer was to be provided, as a rule, from the first police interview of a suspect, unless it could be demonstrated in the light of the particular circumstances of a given case that there had been compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons might exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction must not have unduly prejudiced

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

the rights of the defence, which would be the case when incriminating statements made during a police interview without access to a lawyer were used as a basis for a conviction. In the present case the justification given for denying the applicant access to a lawyer, namely the fact that this was provided for by law on a systematic basis where the offence fell within the jurisdiction of the State Security Courts, already fell short of the requirements of Article 6. Moreover, the State Security Court had used the applicant's statement to the police as the main evidence on which to convict him, despite his denial of its accuracy. Neither the assistance provided subsequently by a lawyer nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defect which had occurred during police custody. Lastly, the applicant's age was also a decisive factor. The significant number of relevant international legal instruments concerning the matter showed the fundamental importance for minors in police custody to have access to a lawyer. In sum, even though the applicant had had the opportunity to challenge the evidence against him at his trial and subsequently on appeal, the absence of legal assistance during his period in police custody had irretrievably affected his defence rights.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded the applicant sums in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses. It indicated that the most appropriate form of redress would be a new trial.

Case-law cited by the Court

Can v. Austria, 12 July 1984, opinion of the Commission, Series A no. 96

Colozza v. Italy, 12 February 1985, Series A no. 89

Poitrimol v. France, 23 November 1993, Series A no. 277-A

Imbrioscia v. Switzerland, 24 November 1993, Series A no. 275

John Murray v. the United Kingdom, 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I

Magee v. the United Kingdom, no. 28135/95, ECHR 2000-VI

Kwiatkowska v. Italy (dec.), no. 52868/99, 30 November 2000

Brennan v. the United Kingdom, no. 39846/98, ECHR 2001-X

Kolu v. Turkey, no. 35811/97, 2 August 2005

Sejdovic v. Italy [GC], no. 56581/00, ECHR 2006-II

Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX

Dembukov v. Bulgaria, no. 68020/01, 28 February 2008

In the case of Salduz v. Turkey,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Nicolas Bratza, *President*,
Christos Rozakis,
Josep Casadevall,
Rıza Türmen,
Rait Maruste,
Vladimiro Zagrebelsky,
Stanislav Pavlovski,
Alvina Gyulumyan,
Ljiljana Mijović,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
David Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 19 March and on 15 October 2008,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 36391/02) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Mr Yusuf Salduz (“the applicant”), on 8 August 2002.

2. The applicant alleged, in particular, that his defence rights had been violated in that the written opinion of the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation had not been communicated to him and that he had been denied access to a lawyer while in police custody. In respect of his complaints, he relied on Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention.

3. The application was allocated to the Second Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court).

4. By a decision dated 28 March 2006, the application was declared partly inadmissible by a Chamber of that Section, composed of Jean-Paul Costa, Andras Baka, Rıza Türmen, Karl Jungwiert, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, judges, and Sally Dollé, Section Registrar.

5. In its judgment of 26 April 2007 (“the Chamber judgment”), the Chamber, made up of Françoise Tulkens, Andras Baka, Ireneu Cabral Barreto, Rıza Türmen, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni and Danutė Jočienė, judges, and Sally Dollé, Section Registrar, held unanimously that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention on account of the non-communication of the Principal Public Prosecutor’s written opinion and further held by five votes to two that there had been no violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention on account of the lack of legal assistance to the applicant while in police custody.

6. On 20 July 2007 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber (Article 43 of the Convention).

7. On 24 September 2007 a panel of the Grand Chamber decided to accept his request (Rule 73).

8. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

9. The applicant and the Government each filed observations on the merits.

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 19 March 2008 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr M. Özmen,	<i>Co-Agent,</i>
Ms N. Çetin,	
Ms A. Özdemir,	
Ms İ. Kocayığit,	
Mr C. Aydın,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Mr U. Kılınç,	<i>Counsel,</i>
Ms T. Aslan,	<i>Adviser.</i>

The Court heard addresses by Mr Kılınç and Mr Özmen, as well as their replies to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. The applicant was born on 2 February 1984 and lives in İzmir.

A. The applicant's arrest and detention

12. On 29 May 2001 at about 10.15 p.m., the applicant was taken into custody by police officers from the anti-terrorism branch of the İzmir Security Directorate on suspicion of having participated in an unlawful demonstration in support of an illegal organisation, namely the PKK (the Workers' Party of Kurdistan). The applicant was also accused of hanging an illegal banner from a bridge in Bornova on 26 April 2001.

13. At about 12.30 a.m. on 30 May 2001 the applicant was taken to the Atatürk Teaching and Research Hospital, where he was examined by a doctor. The medical report stated that there was no trace of ill-treatment on his body.

14. Subsequently, at about 1 a.m., the applicant was interrogated at the anti-terrorism branch in the absence of a lawyer. According to a form explaining arrested persons' rights which the applicant had signed, he had been reminded of the charges against him and of his right to remain silent. In his statement, the applicant admitted his involvement in the youth branch of HADEP (Halkın Demokrasi Partisi – the People's Democracy Party). He gave the names of several persons who worked for the youth branch of the Bornova District Office. He explained that he was the assistant youth press and publications officer and was also responsible for the Osmangazi neighbourhood. He further stated that it had been part of his job to assign duties to other members of the youth branch. He admitted that he had participated in the demonstration on 29 May 2001 organised by HADEP in support of the imprisoned leader of the PKK. He said that there had been about sixty demonstrators present and that the group had shouted slogans in support of Öcalan and the PKK. He had been arrested on the spot. He also admitted that he had written "Long live leader Apo" on a banner which had been hung from a bridge on 26 April 2001. The police took samples of the applicant's handwriting and sent it to the police laboratory for examination.

15. On 1 June 2001 the İzmir Criminal Police Laboratory issued a report after comparing the applicant's handwriting to that on the banner. It concluded that although certain characteristics of the applicant's handwriting bore similarities to the handwriting on the banner, it could not be established whether or not the writing on the banner was in fact his.

16. At 11.45 p.m. on 1 June 2001 the applicant was again examined by a doctor, who stated that there were no traces of ill-treatment on his body.

17. On the same day, the applicant was brought before the public prosecutor and subsequently the investigating judge. Before the public prosecutor, he explained that he was not a member of any political party, but had taken part in certain activities of HADEP. He denied fabricating an illegal banner or participating in the demonstration on 29 May 2001. He stated that he was in the Doğanlar neighbourhood to visit a friend when he was arrested by the police. The applicant also made a statement to the investigating judge, in which he retracted his statement to the police, alleging that it had been extracted under duress. He claimed that he had been beaten and insulted while in police custody. He again denied engaging in any illegal activity and explained that on 29 May 2001 he had gone to the Doğanlar neighbourhood to visit a friend and had not been part of the group shouting slogans. After the questioning was over, the investigating judge remanded the applicant in custody, having regard to the nature of the offence of which he was accused and the state of the evidence. The applicant was then allowed to have access to a lawyer.

B. The trial

18. On 11 July 2001 the public prosecutor at the İzmir State Security Court filed an indictment with that court accusing the applicant and eight other accused of aiding and abetting the PKK, an offence under Article 169 of the Criminal Code and section 5 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713).

19. On 16 July 2001 the State Security Court held a preparatory hearing. It decided that the applicant's detention on remand should be continued and that the accused be invited to prepare their defence submissions.

20. On 28 August 2001 the State Security Court held its first hearing, in the presence of the applicant and his lawyer. It heard evidence from the applicant in person, who denied the charges against him. The applicant also rejected the police statement, alleging that it had been extracted from him under duress. He explained that while he was in custody, police officers had ordered him to copy the words from a banner. He also stated that he had witnessed the events that had taken place on 29 May 2001; however, he had not taken part in the demonstration as alleged. Instead, he had been in the neighbourhood to visit a friend named Özcan. He also denied hanging an illegal banner from a bridge on 26 April 2001.

21. At the next hearing, which was held on 25 October 2001, the applicant and his lawyer were both present. The court also heard from

other accused persons, all of whom denied having participated in the illegal demonstration on 29 May 2001 and retracted statements they had made previously. The prosecution then called for the applicant to be sentenced pursuant to Article 169 of the Criminal Code and the applicant's lawyer requested time to submit the applicant's defence submissions.

22. On 5 December 2001 the applicant made his defence submissions. He denied the charges against him and requested his release. On the same day, the İzmir State Security Court delivered its judgment. It acquitted five of the accused and convicted the applicant and three other accused as charged. It sentenced the applicant to four years and six months' imprisonment, which was reduced to two and a half years as the applicant had been a minor at the time of the offence.

23. In convicting the applicant, the State Security Court had regard to the applicant's statements to the police, the public prosecutor and the investigating judge respectively. It also took into consideration his co-defendants' evidence before the public prosecutor that the applicant had urged them to participate in the demonstration of 29 May 2001. The court noted that the co-defendants had also given evidence that the applicant had been in charge of organising the demonstration. It further took note of the expert report comparing the applicant's handwriting to that on the banner and of the fact that, according to the police report on the arrest, the applicant had been among the demonstrators. It concluded:

“... in view of these material facts, the court does not accept the applicant's denial and finds that his confession to the police is substantiated.”

C. The appeal

24. On 2 January 2002 the applicant's lawyer appealed against the judgment of the İzmir State Security Court. In her notice of appeal, she alleged a breach of Articles 5 and 6 of the Convention, arguing that the proceedings before the first-instance court had been unfair and that the court had failed to assess the evidence properly.

25. On 27 March 2002 the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation lodged a written opinion with the Ninth Division of the Court of Cassation in which he submitted that the Division should uphold the judgment of the İzmir State Security Court. This opinion was not served on the applicant or his representative.

26. On 10 June 2002 the Ninth Division of the Court of Cassation, upholding the İzmir State Security Court's reasoning and assessment of the evidence, dismissed the applicant's appeal.

II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

1. *The legislation in force at the time of the application*

27. The relevant provisions of the former Code of Criminal Procedure (Law no. 1412), namely Articles 135, 136 and 138, provided that anyone suspected or accused of a criminal offence had a right of access to a lawyer from the moment they were taken into police custody. Article 138 clearly stipulated that for juveniles, legal assistance was obligatory.

28. According to section 31 of Law no. 3842 of 18 November 1992, which amended the legislation on criminal procedure, the above-mentioned provisions were not applicable to persons accused of offences falling within the jurisdiction of the State Security Courts.

2. *Recent amendments*

29. On 15 July 2003, by Law no. 4928, the restriction on an accused's right of access to a lawyer in proceedings before the State Security Courts was lifted.

30. On 1 July 2005 a new Code of Criminal Procedure entered into force. According to the relevant provisions of the new Code (Articles 149 and 150), all detained persons have the right of access to a lawyer from the moment they are taken into police custody. The appointment of a lawyer is obligatory if the person concerned is a minor or if he or she is accused of an offence punishable by a maximum of at least five years' imprisonment.

31. Finally, section 10 of the Prevention of Terrorism Act (Law no. 3713), as amended on 29 June 2006, provides that for terrorist-related offences, the right of access to a lawyer may be delayed for twenty-four hours on the order of a public prosecutor. However, the accused cannot be interrogated during this period.

B. Relevant international law materials

1. *Procedure in juvenile cases*

(a) Council of Europe

32. The Recommendation of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice (Rec(2003)20), adopted

on 24 September 2003 at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies, in so far as relevant, reads as follows:

“15. Where juveniles are detained in police custody, account should be taken of their status as a minor, their age and their vulnerability and level of maturity. They should be promptly informed of their rights and safeguards in a manner that ensures their full understanding. While being questioned by the police they should, in principle, be accompanied by their parent/legal guardian or other appropriate adult. They should also have the right of access to a lawyer and a doctor ...”

33. The Recommendation of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe on social reactions to juvenile delinquency (Recommendation No. R (87) 20), adopted on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies, in so far as relevant, reads as follows:

“Recommends the governments of member States to review, if necessary, their legislation and practice with a view:

- 8. to reinforcing the legal position of minors throughout the proceedings, including the police interrogation, by recognising, *inter alia*:
 - the right to the assistance of a counsel who may, if necessary, be officially appointed and paid by the State.”

(b) United Nations

(i) Convention on the Rights of the Child

34. Article 37 of the Convention on the Rights of the Child (CRC), in so far as relevant, reads as follows:

“States Parties shall ensure that: ...

(d) every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action.”

(ii) General Comment No. 10 of the Committee on the Rights of the Child, dated 25 April 2007 (CRC/C/GC/10)

35. The relevant part of this text concerning legal assistance to minors in police custody provides as follows:

“49. The child must be guaranteed legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his/her defence. CRC does require that the child be provided with assistance, which is not necessarily under all circumstances legal but it must be appropriate. It is left to the discretion of the States Parties to determine how this assistance is provided but it should be free of charge ...

...

52. The Committee recommends that the States Parties set and implement time-limits for the period between the communication of the offence and the completion of the police investigation, the decision of the prosecutor (or other competent body) to bring charges against the child, and the final adjudication and decision by the court or other competent judicial body. These time-limits should be much shorter than those set for adults. But at the same time, decisions without delay should be the result of a process in which the human rights of the child and legal safeguards are fully respected. In this decision-making process without delay, the legal or other appropriate assistance must be present. This presence should not be limited to the trial before the court or other judicial body, but also applies to all other stages of the process, beginning with the interviewing (interrogation) of the child by the police.”

(iii) Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Turkey, dated 9 July 2001 (CRC/C/15/Add.152)

36. The relevant part of this text provides as follows:

“66. The Committee recommends that the State Party continue reviewing the law and practices regarding the juvenile justice system in order to bring it into full compliance with the Convention [on the Rights of the Child], in particular Articles 37, 40 and 39, as well as with other relevant international standards in this area, such as the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (the Beijing Rules) and the United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (the Riyadh Guidelines), with a view to raising the minimum legal age for criminal responsibility, extending the protection guaranteed by the Juvenile Law Court to all children up to the age of 18 and enforcing this law effectively by establishing juvenile courts in every province. In particular, it reminds the State Party that juvenile offenders should be dealt with without delay, in order to avoid periods of incommunicado detention, and that pre-trial detention should be used only as a measure of last resort, should be as short as possible and should be no longer than the period prescribed by law. Alternative measures to pre-trial detention should be used whenever possible.”

2. *Right of access to a lawyer during police custody*

(a) **Council of Europe**

(i) Rules adopted by the Committee of Ministers

37. Rule 93 of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Resolution (73) 5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe) provides:

“An untried prisoner shall be entitled, as soon as he is imprisoned, to choose his legal representation ... and to receive visits from his legal adviser with a view to his defence and to prepare and hand to him and to receive, confidential instructions.

At his request, he shall be given all necessary facilities for this purpose. ... Interviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but not within hearing, either direct or indirect, of a police or institution official.”

38. Furthermore, the Recommendation of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe on the European Prison Rules (Rec(2006)2), adopted on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers’ Deputies, in so far as relevant, reads as follows:

“Legal advice

23.1 All prisoners are entitled to legal advice, and the prison authorities shall provide them with reasonable facilities for gaining access to such advice.

23.2 Prisoners may consult on any legal matter with a legal adviser of their own choice and at their own expense.

...

23.5 A judicial authority may in exceptional circumstances authorise restrictions on such confidentiality to prevent serious crime or major breaches of prison safety and security.”

(ii) European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)

39. Following its visit to Turkey in July 2000, the CPT published its report dated 8 November 2001 (CPT/Inf(2001)25). It stated:

“61. Despite the many changes to legislation in recent years, certain weaknesses remain as regards formal safeguards against ill-treatment. Perhaps the most important shortcoming is that persons detained on suspicion of collective offences falling under the jurisdiction of the State Security Courts are still not entitled to access to a lawyer during the first four days of their custody. Further, despite earlier affirmations to the contrary, the Turkish authorities made clear in their response to the report on the February/March 1999 visit that such persons are being denied during the first four days of their custody the possibility to inform a relative of their situation. Such incommunicado detention can only facilitate the infliction of ill-treatment.

The CPT must therefore reiterate once again the recommendation that all persons deprived of their liberty by the law enforcement agencies, including persons suspected of offences falling under the jurisdiction of the State Security Courts, be granted as from the outset of their custody the right of access to a lawyer. The CPT recognises that in order to protect the legitimate interests of the police investigation, it may exceptionally be necessary to delay for a certain period a detained person’s access to a lawyer of his choice; however, in such cases, access to another independent lawyer should be arranged.

The implementation of the above recommendation will require legislative measures. However, in the meantime, immediate steps should be taken to ensure that existing legal provisions are complied with. Indeed, the information gathered during the July

2000 *ad hoc* visit clearly indicates that even after the first four days of police custody, access to a lawyer for persons suspected of State Security Court offences is in practice the exception rather than the rule. The CPT recommends that the officials responsible for carrying out checks and inspections under the previously-mentioned compliance monitoring procedure be instructed to pay particular attention to whether persons suspected of collective offences falling under the jurisdiction of the State Security Courts are being informed of their right to have access to a lawyer after the first four days of their custody and are being placed in a position effectively to exercise that right.”

40. The CPT visited Turkey again in September 2001 and in its report dated 24 April 2002 (CPT/Inf(2002)8) stated:

“12. The amendments made to Article 16 of the Law on the Organisation and Trial Procedures of State Security Courts have also introduced an improvement as regards access to a lawyer for persons detained on suspicion of collective offences falling under the jurisdiction of State Security Courts. For such persons, the right of access to a lawyer becomes operative after the prosecutor has issued a written order for the extension of police custody beyond forty-eight hours; in other words, they are now denied access to a lawyer only for two days as compared to four days under the previous law.

Whilst welcoming this step forward, the CPT regrets that the opportunity was not taken to guarantee to persons detained for collective State Security Court offences a right of access to a lawyer as from the very outset of their custody (and hence align their rights in this respect with those of ordinary criminal suspects). The CPT trusts that the Turkish authorities will in the near future implement the Committee’s long-standing recommendation that all persons deprived of their liberty by law enforcement agencies, including persons suspected of offences falling under the jurisdiction of the State Security Courts, be granted as from the outset of their custody the right of access to a lawyer.

...

46. Reference has been made earlier to recent positive legislative developments concerning the rights of access to a lawyer and to have one’s custody notified to a relative (cf. paragraphs 12 to 14). They have further improved an already impressive legal and regulatory framework to combat torture and ill-treatment. Nevertheless, the CPT remains very concerned by the fact that persons detained on suspicion of collective offences falling under the jurisdiction of State Security Courts are still denied access to a lawyer during the first two days of their custody; its position on this point has been made clear in paragraph 12.

Further, the actual content of the right of access to a lawyer for persons suspected of State Security Court offences remains less well developed than in the case of ordinary criminal suspects. In particular, as far as the CPT can ascertain, it is still the case that such suspects are not entitled to have the lawyer present when making a statement to the police and that the procedure allowing for the appointment of a lawyer by the Bar Association is not applicable to them. Similarly, the provision making obligatory the

appointment of a lawyer for persons under 18 still does not apply to juveniles who are detained on suspicion of State Security Court offences. In this regard, the CPT reiterates the recommendation already made in the report on the October 1997 visit, that the relevant provisions of Articles 135, 136 and 138 of the Code of Criminal Procedure be rendered applicable to persons suspected of offences falling under the jurisdiction of the State Security Courts.”

(b) United Nations

(i) International Covenant on Civil and Political Rights

41. Article 14 § 3 (b) of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that everyone charged with a criminal offence is to be entitled “[t]o have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing”.

(ii) United Nations Committee against Torture

42. In its Conclusions and Recommendations on Turkey, dated 27 May 2003 (CAT/C/CR/30/5), the Committee stated the following:

“5. The Committee expresses concern about

...

(c) allegations that persons in police custody have been denied prompt and adequate access to legal and medical assistance and that family members have not been promptly notified of their detention;

...

7. The Committee recommends that the State Party

(a) ensure that detainees, including those held for offences under the jurisdiction of State Security Courts, benefit fully in practice from the available safeguards against ill-treatment and torture, particularly by guaranteeing their right to medical and legal assistance and to contact with their families;

...”

43. In its General Comment No. 2, dated 24 January 2008 (CAT/C/GC/2), the Committee stated:

“13. Certain basic guarantees apply to all persons deprived of liberty. Some of these are specified in the Convention, and the Committee consistently calls upon the States Parties to use them. The Committee’s recommendations concerning effective measures aim to clarify the current baseline and are not exhaustive. Such guarantees include, *inter alia*, ... the right promptly to receive independent legal assistance ...”

(c) **European Union**

44. Article 48 of the Charter of Fundamental Rights states that “[r]espect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed”. Article 52 § 3 further states that the meaning and scope of the right guaranteed under Article 48 are the same as the equivalent right laid down by the European Convention on Human Rights.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

A. Access to a lawyer during police custody

45. The applicant alleged that his defence rights had been violated as he had been denied access to a lawyer during his police custody. He relied on Article 6 § 3 (c) of the Convention, which provides:

“3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

...

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require.”

1. The Chamber judgment

46. In its judgment of 26 April 2007, the Chamber held that there had been no violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention. In that connection, it pointed out that the applicant had been represented during the trial and appeal proceedings by a lawyer and that the applicant’s statement to the police was not the sole basis for his conviction. According to the Chamber, the applicant had had the opportunity of challenging the prosecution’s allegations under conditions which did not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent. The Chamber also noted that in convicting the applicant, the İzmir State Security Court had had regard to the circumstances in which the applicant was arrested, the expert report concerning the handwriting on the banner, and witness statements. In view of the above, it concluded that the fairness of the applicant’s trial had not been prejudiced by the lack of legal assistance during his police custody.

2. *The parties' submissions*

(a) **The applicant**

47. The applicant contested the grounds on which the Chamber had found that there had been no violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention. He stated that the assistance of a lawyer in police custody was a fundamental right. He reminded the Court that all the evidence which had been used against him had been collected at the preliminary investigation stage, during which he had been denied the assistance of a lawyer. At this point, the applicant also argued that although the domestic court had convicted him, there had been no evidence to prove that he was guilty. He also stated that he had been ill-treated during his police custody and had signed his statement to the police under duress. That statement had been used by the İzmir State Security Court, although he had clearly retracted it before the public prosecutor, the investigating judge and at the trial. The applicant also stressed that he had been a minor at the material time and had no previous criminal record. In his submission, in view of the serious charges that had been brought against him, the lack of legal assistance had breached his right to a fair trial. He also argued that the Government had failed to submit any good reason to justify the lack of legal assistance.

(b) **The Government**

48. The Government asked the Grand Chamber to endorse the Chamber's finding that there had been no violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention. They stated, firstly, that the legislation had been changed in 2005. Furthermore, in their submission, the restriction imposed on the applicant's access to a lawyer had not infringed his right to a fair trial under Article 6 of the Convention. Referring to the case-law of the Court (see, in particular, *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993, Series A no. 275; *John Murray v. the United Kingdom*, 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I; *Averill v. the United Kingdom*, no. 36408/97, ECHR 2000-VI; *Magee v. the United Kingdom*, no. 28135/95, ECHR 2000-VI; and *Brennan v. the United Kingdom*, no. 39846/98, ECHR 2001-X), they maintained that in assessing whether or not the trial was fair, regard should be had to the entirety of the proceedings. Thus, as the applicant had been represented by a lawyer during the proceedings before the İzmir State Security Court and the Court of Cassation, his right to a fair hearing had not been violated. The Government further drew attention to several

Turkish cases (see *Saraç v. Turkey* (dec.), no. 35841/97, 2 September 2004; *Yurtsever v. Turkey* (dec.), no. 42086/02, 31 August 2006; *Uçma v. Turkey* (dec.), no. 15071/03, 3 October 2006; *Yavuz and Others v. Turkey* (dec.), no. 38827/02, 21 November 2006; and *Yıldız v. Turkey* (dec.), nos. 3543/03 and 3557/03, 5 December 2006), in which the Court had declared similar complaints inadmissible as being manifestly ill-founded on the ground that, since the police statements had not been the only evidence to support the convictions, the lack of legal assistance during police custody had not constituted a violation of Article 6 of the Convention.

49. Turning to the facts of the instant case, the Government maintained that when the applicant was taken into police custody, he was reminded of his right to remain silent and that during the ensuing criminal proceedings his lawyer had had the opportunity to challenge the prosecution's allegations. They further emphasised that the applicant's statement to the police was not the sole basis for his conviction.

3. *The Court's assessment*

(a) **The general principles applicable in this case**

50. The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (see *Imbrioscia*, cited above, § 36). As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in Article 6 § 3 (c) of the Convention is one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1 (see *Imbrioscia*, cited above, § 37, and *Brennan*, cited above, § 45).

51. The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see *Poitrimol v. France*, 23 November 1993, § 34, Series A no. 277-A, and *Demebukov v. Bulgaria*, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008). Nevertheless, Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court's task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial. In this respect, it must be

remembered that the Convention is designed to “guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective” and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused (see *Imbrioscia*, cited above, § 38).

52. National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. However, this right has so far been considered capable of being subject to restrictions for good cause. The question, in each case, has therefore been whether the restriction was justified and, if so, whether, in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing, for even a justified restriction is capable of doing so in certain circumstances (see *John Murray*, cited above, § 63; *Brennan*, cited above, § 45; and *Magee*, cited above, § 44).

53. These principles, outlined in paragraph 52 above, are also in line with the generally recognised international human rights standards (see paragraphs 37-42 above) which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused.

54. In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (see *Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission’s report of 12 July 1984, § 50, Series A no. 96). At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. This right indeed presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 100, ECHR 2006-IX, and *Kolu v. Turkey*, no. 35811/97, § 51, 2 August 2005).

Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination (see, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, cited above, § 101). In this connection, the Court also notes the recommendations of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) (see paragraphs 39-40 above), in which the CPT repeatedly stated that the right of a detainee to have access to legal advice is a fundamental safeguard against ill-treatment. Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time. These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.

55. Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently “practical and effective” (see paragraph 51 above), Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, *mutatis mutandis*, *Magee*, cited above, § 44). The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.

(b) Application of the above principles to the present case

56. In the present case, the applicant’s right of access to a lawyer was restricted during his police custody, pursuant to section 31 of Law no. 3842, as he was accused of committing an offence falling within the jurisdiction of the State Security Courts. As a result, he did not have access to a lawyer when he made his statements to the police, the public prosecutor and the investigating judge respectively. Thus, no other justification was given for denying the applicant access to a lawyer than the fact that this was provided for on a systematic basis by the relevant legal provisions. As such, this already falls short of the requirements of Article 6 in this respect, as set out at paragraph 52 above.

57. The Court further observes that the applicant had access to a lawyer following his detention on remand. During the ensuing criminal

proceedings, he was also able to call witnesses on his behalf and had the possibility of challenging the prosecution's arguments. It is also noted that the applicant repeatedly denied the content of his statement to the police, both at the trial and on appeal. However, as is apparent from the case file, the investigation had in large part been completed before the applicant appeared before the investigating judge on 1 June 2001. Moreover, not only did the İzmir State Security Court not take a stance on the admissibility of the applicant's statements made in police custody before going on to examine the merits of the case, it also used the statement to the police as the main evidence on which to convict him, despite his denial of its accuracy (see paragraph 23 above). In this connection, the Court observes that in convicting the applicant, the İzmir State Security Court in fact used the evidence before it to confirm the applicant's statement to the police. This evidence included the expert's report dated 1 June 2001 and the statements of the other accused to the police and the public prosecutor. In this respect, however, the Court finds it striking that the expert's report mentioned in the judgment of the first-instance court was in favour of the applicant, as it stated that it could not be established whether the handwriting on the banner matched the applicant's (see paragraph 15 above). It is also significant that all the co-defendants, who had testified against the applicant in their statements to the police and the public prosecutor, retracted their statements at the trial and denied having participated in the demonstration.

58. Thus, in the present case, the applicant was undoubtedly affected by the restrictions on his access to a lawyer in that his statement to the police was used for his conviction. Neither the assistance provided subsequently by a lawyer nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defects which had occurred during police custody. However, it is not for the Court to speculate on the impact which the applicant's access to a lawyer during police custody would have had on the ensuing proceedings.

59. The Court further notes that neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial (see *Kwiatkowska v. Italy* (dec.), no. 52868/99, 30 November 2000). However, if it is to be effective for Convention purposes, a waiver of the right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance (see *Sejdovic v. Italy* [GC], no. 56581/00, § 86, ECHR 2006-II; *Kolu*, cited above, § 53; and *Colozza v. Italy*, 12 February 1985, § 28, Series A no. 89).

Thus, in the present case, no reliance can be placed on the assertion in the form stating his rights that the applicant had been reminded of his right to remain silent (see paragraph 14 above).

60. Finally, the Court notes that one of the specific elements of the instant case was the applicant's age. Having regard to a significant number of relevant international law materials concerning legal assistance to minors in police custody (see paragraphs 32-36 above), the Court stresses the fundamental importance of providing access to a lawyer where the person in custody is a minor.

61. Still, in the present case, as explained above, the restriction imposed on the right of access to a lawyer was systematic and applied to anyone held in police custody, regardless of his or her age, in connection with an offence falling under the jurisdiction of the State Security Courts.

62. In sum, even though the applicant had the opportunity to challenge the evidence against him at the trial and subsequently on appeal, the absence of a lawyer while he was in police custody irretrievably affected his defence rights.

(c) Conclusion

63. In view of the above, the Court concludes that there has been a violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1 in the present case.

B. The non-communication of the written opinion of the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation

64. The applicant complained that the written opinion of the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation had not been communicated to him. In this respect, he relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

1. The Chamber judgment

65. In its judgment of 26 April 2007, the Chamber found that, in the light of the established case-law on the matter, the non-communication to the applicant of the written opinion of the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation had infringed his right to adversarial proceedings. It therefore concluded that there had been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

2. *The parties' submissions*

66. The parties filed no further observations on this question.

3. *The Court's assessment*

67. The Court considers, for the reasons given by the Chamber, that the applicant's right to adversarial proceedings has been breached. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

68. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

1. *The parties' submissions*

69. The applicant claimed 5,000 euros (EUR) in respect of pecuniary damage and EUR 10,000 in respect of non-pecuniary damage.

70. The Government contended that the amounts claimed were excessive and unacceptable.

2. *The Chamber judgment*

71. The Chamber did not award any pecuniary compensation to the applicant, holding that he had failed to substantiate his claims. It considered that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage suffered by the applicant.

3. *The Court's assessment*

72. The Court reiterates that the most appropriate form of redress for a violation of Article 6 § 1 would be to ensure that the applicant, as far as possible, is put in the position in which he would have been had this provision not been disregarded (see *Teteriny v. Russia*, no. 11931/03, § 56, 30 June 2005; *Jeličić v. Bosnia and Herzegovina*, no. 41183/02, § 53, ECHR 2006-XII; and *Mehmet and Suna Yiğit v. Turkey*, no. 52658/99, § 47, 17 July 2007). The Court finds that this principle applies in the present case as well. Consequently, it considers that the most appropriate form of redress would be the retrial of the applicant in accordance with the requirements

of Article 6 § 1 of the Convention, should the applicant so request (see, *mutatis mutandis*, *Gençel v. Turkey*, no. 53431/99, § 27, 23 October 2003).

73. As regards the remaining non-pecuniary damage, ruling on an equitable basis, it awards the applicant EUR 2,000.

B. Costs and expenses

1. The parties' submissions

74. The applicant claimed EUR 3,500 for the costs and expenses incurred in the domestic proceedings and before the Chamber, without submitting any documents in support of his claims. It is to be noted that the applicant has not amended the initial claim he made before the Chamber, but has submitted a legal-aid request for the expenses incurred before the Grand Chamber.

75. The Government contested the claim, arguing that it was unsubstantiated.

2. The Chamber judgment

76. The Chamber awarded the applicant EUR 1,000 for costs and expenses.

3. The Court's assessment

77. The Court observes that the applicant had the benefit of legal aid for the costs and expenses incurred during the Grand Chamber proceedings. As a result, the costs and expenses only include those incurred in the proceedings before the domestic courts and the Chamber.

78. According to the Court's established case-law, costs and expenses will not be awarded under Article 41 unless it is established that they were actually and necessarily incurred and are also reasonable as to quantum. Furthermore, legal costs are only recoverable in so far as they relate to the violation found (see, among other authorities, *Beyeler v. Italy* (just satisfaction) [GC], no. 33202/96, § 27, 28 May 2002, and *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 105, ECHR 2003-VIII).

79. In the light of the above, the Court awards the applicant the sum already awarded by the Chamber, namely EUR 1,000.

C. Default interest

80. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1, on account of the lack of legal assistance to the applicant while he was in police custody;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention, in respect of the non-communication of the written opinion of the Principal Public Prosecutor at the Court of Cassation;
3. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following amounts, to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement:
 - (i) EUR 2,000 (two thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (ii) EUR 1,000 (one thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 November 2008.

Vincent Berger
Jurisconsult

Nicolas Bratza
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Bratza;
- (b) joint concurring opinion of Judges Rozakis, Spielmann, Ziemele and Lazarova Trajkovska;
- (c) concurring opinion of Judge Zagrebelsky, joined by Judges Casadevall and Türmen.

N.B.
V.B.

CONCURRING OPINION OF JUDGE BRATZA

The central issue in the present case concerns the use made in evidence against the applicant of a confession made during the course of police interrogation at a time when he had been denied access to a lawyer. The Grand Chamber has found that the restriction on such access irretrievably prejudiced the applicant's rights of defence and that neither the legal assistance subsequently provided to the applicant nor the adversarial nature of the ensuing proceedings could cure the defects which had occurred while the applicant was in police custody. The applicant's rights under Article 6 § 3 (c) of the Convention, read in conjunction with Article 6 § 1, were accordingly violated on account of this lack of legal assistance. I am in full agreement with this conclusion.

In paragraph 55 of the judgment, the Court states as a general principle that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently "practical and effective", Article 6 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided "as from the first interrogation of a suspect by the police". This principle is consistent with the Court's earlier case-law and is clearly sufficient to enable the Court to reach a finding of a violation of Article 6 on the facts of the present case. However, I share the doubts of Judge Zagrebelsky as to whether, in appearing to hold that the right of access to a lawyer only arises at the moment of first interrogation, the statement of principle goes far enough. Like Judge Zagrebelsky, I consider that the Court should have used the opportunity to state in clear terms that the fairness of criminal proceedings under Article 6 requires that, as a rule, a suspect should be granted access to legal advice from the moment he is taken into police custody or pre-trial detention. It would be regrettable if the impression were to be left by the judgment that no issue could arise under Article 6 as long as a suspect was given access to a lawyer at the point when his interrogation began or that Article 6 was engaged only where the denial of access affected the fairness of the interrogation of the suspect. The denial of access to a lawyer from the outset of the detention of a suspect which, in a particular case, results in prejudice to the rights of the defence may violate Article 6 of the Convention whether or not such prejudice stems from the interrogation of the suspect.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES ROZAKIS,
SPIELMANN, ZIEMELE AND LAZAROVA TRAJKOVSKA

1. We agree in all respects with the Court's conclusions as to the violation of Article 6 § 3 (c) in conjunction with Article 6 § 1 of the Convention.
2. We would, however, have liked the reasoning set out in paragraph 72 of the judgment, on account of its importance, to have been included in the operative provisions as well, for reasons which have already been explained to a certain extent in the joint concurring opinion of Judges Spielmann and Malinverni in *Vladimir Romanov v. Russia* (no. 41461/02, 24 July 2008), as well as the concurring opinion of Judge Spielmann in *Polufakin and Chernyshev v. Russia* (no. 30997/02, 25 September 2008), and are now repeated here.
3. Firstly, it is common knowledge that while the reasoning of a judgment allows the Contracting States to ascertain the grounds on which the Court reached a finding of a violation or no violation of the Convention, and is of decisive importance on that account for the interpretation of the Convention, it is the operative provisions that are binding on the parties for the purposes of Article 46 § 1 of the Convention.
4. And indeed, what the Court says in paragraph 72 of the judgment is in our view of the utmost importance. It reiterates that when a person has been convicted in breach of the procedural safeguards afforded by Article 6, he should, as far as possible, be put in the position in which he would have been had the requirements of that Article not been disregarded (the principle of *restitutio in integrum*).
5. The principle of *restitutio in integrum* has its origin in the judgment of 13 September 1928 of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the case concerning the *Factory at Chorzów* (claim for indemnity) (merits), where the Court held as follows:

“The essential principle is ... that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.” (Collection of Judgments, Series A no. 17, p. 47)
6. This principle, namely that *restitutio in integrum* is considered to be the primary remedy for effecting reparation for breaches of international law, has been constantly reaffirmed by international case-law and practice, and is recalled in Article 35 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, which reads as follows:

“A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) is not materially impossible;
- (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.”

There is no reason not to apply this principle to make reparation for internationally wrongful acts in the field of human rights (see Loukis G. Loucaides, “Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and *Restitutio in Integrum*”, [2008] *European Human Rights Law Review*, pp. 182-92).

In *Papamichalopoulos and Others v. Greece* ((Article 50), 31 October 1995, Series A no. 330-B) the Court held:

“34. The Court points out that by Article 53 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the decision of the Court in any case to which they were parties; furthermore, Article 54 provides that the judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers which shall supervise its execution. It follows that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation to put an end to the breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach.

The Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1). If the nature of the breach allows of *restitutio in integrum*, it is for the respondent State to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility of doing so itself. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made for the consequences of the breach, Article 50 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate.”

7. In the present case, and given that the absence of a lawyer while the applicant was in police custody irretrievably affected his defence rights (see paragraph 62 of the judgment), the best means of achieving this is the reopening of the proceedings and the commencement of a new trial at which all the guarantees of a fair trial would be observed, provided, of course, that the applicant requests this option and it is available in the domestic law of the respondent State.

8. The reason why we wish to stress this point is that it must not be overlooked that the damages which the Court orders to be paid to victims of a violation of the Convention are, according to the terms and the spirit of Article 41, of a subsidiary nature. This is in line with the subsidiary character

attributed to compensation of damages in international law. Article 36 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts states:

“1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. ...”

It is therefore right that, wherever possible, the Court should seek to restore the *status quo ante* for the victim. However, the Court should also take into consideration that “Wiping out all the consequences of the wrongful act may ... require some or all forms of reparation to be provided, depending on the type and extent of the injury that has been caused” (see J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 211, (2)) and in view of the remedies available at the domestic level (Article 41).

9. Admittedly, States are not required by the Convention to introduce procedures in their domestic legal systems whereby judgments of their Supreme Courts constituting *res judicata* may be reviewed. However, they are strongly encouraged to do so, especially in criminal matters.

10. In Turkey, Article 311 § 1 (f) of the Turkish Code of Criminal Procedure provides that the reopening of domestic proceedings which are found to be unfair by the European Court of Human Rights can be requested within one year following the final decision of the European Court of Human Rights.

There is, however, a temporal limitation for the applicability of this provision. Article 311 § 2 states that the above-mentioned provision is not applicable to applications which were lodged with the European Court of Human Rights before 4 February 2003 and for those judgments which became final before 4 February 2003. We believe that where, as in the present case, the respondent State has equipped itself with such a procedure it is the Court’s duty not only to suggest timidly that reopening is the most appropriate form of redress, as paragraph 72 of the judgment does, but also to urge the authorities to make use of that procedure, however unsatisfactory it may appear, or to adapt existing procedures, provided, of course, that the applicant so wishes. However, this is not legally possible unless such an exhortation appears in the operative provisions of the judgment.

11. Moreover, the Court has already included directions of this nature in the operative provisions of judgments. For example, in *Claes and Others v. Belgium* (nos. 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 and 49716/99, 2 June 2005) it held in point 5 (a) of the operative provisions of its judgment that “unless it grants a request by [the] applicants for a retrial or for the proceedings to be reopened, the respondent State

is to pay, within three months from the date on which the applicant in question indicates that he does not wish to submit such a request or it appears that he does not intend to do so, or from the date on which such a request is refused”, sums in respect of non-pecuniary damage and costs and expenses. Similarly, in *Lungoci v. Romania* (no. 62710/00, 26 January 2006) the Court held in point 3 (a) of the operative provisions of its judgment that “the respondent State is to ensure that, within six months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the proceedings are reopened if the applicant so desires, and at the same time is to pay her EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable on that amount, to be converted into Romanian lei at the rate applicable at the date of settlement”.

12. By virtue of Article 46 § 2 of the Convention, supervision of the execution of the Court’s judgments is the responsibility of the Committee of Ministers. That does not mean, however, that the Court should not play any part in the matter and should not take measures designed to facilitate the Committee of Ministers’ task in discharging these functions. In fact, there is nothing in Article 41 or anywhere else in the Convention that would prevent the Court from assessing the issue of full reparation in accordance with the principles outlined above. Since the Court has jurisdiction to interpret and apply the Convention, it also has jurisdiction to assess “the form and quantum of reparation to be made” (see J. Crawford, *ibid.*, p. 201). As was explained by the PCIJ in the *Factory at Chorzów* case: “Reparation ... is the indispensable complement of a failure to apply a convention ...” (p. 21).

13. To that end, it is essential that in its judgments the Court should not merely give as precise a description as possible of the nature of the Convention violation found but should also indicate to the State concerned in the operative provisions, if the circumstances of the case so require, the measures it considers the most appropriate to redress the violation.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ZAGREBELSKY,
JOINED BY JUDGES CASADEVALL AND TÜRMEŒ

(Translation)

To my vote in favour of the judgment's operative provisions, I would like to add a few words to explain the meaning of the Court's reasoning, as I understand it.

The Court found a violation "of Article 6 § 3 (c) of the Convention in conjunction with Article 6 § 1, on account of the lack of legal assistance to the applicant while he was in police custody" (point 1 of the operative provisions). It thus replied to the applicant's complaint "that his defence rights had been violated in that ... he had been denied access to a lawyer while in police custody". That complaint, raised by the applicant under Article 6 § 3 (c), was rightly formulated more precisely by the Court, which linked it with Article 6 § 1.

To my mind, the meaning of the Court's judgment is quite clear. If there is any doubt at all, what the Court says in paragraph 53, referring back to paragraph 37, makes things clearer still. The generally recognised international standards, which the Court accepts and which form the framework for its case-law, provide: "An untried prisoner shall be entitled, as soon as he is imprisoned, to choose his legal representation ... and to receive visits from his legal adviser with a view to his defence and to prepare and hand to him and to receive, confidential instructions ..."

It is therefore at the very beginning of police custody or pre-trial detention that a person accused of an offence must have the possibility of being assisted by a lawyer, and not only while being questioned.

The importance of interrogations in the context of criminal procedure is obvious, so that, as the judgment makes clear, the impossibility of being assisted by a lawyer while being questioned amounts, subject to exceptions, to a serious failing with regard to the requirements of a fair trial. But the fairness of proceedings against an accused person in custody also requires that he be able to obtain (and that defence counsel be able to provide) the whole wide range of services specifically associated with legal assistance, including discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on.

The legal principle to be derived from the judgment is therefore that, normally and apart from exceptional limitations, an accused person in custody is entitled, right from the beginning of police custody or pre-trial detention, to be visited by defence counsel to discuss everything concerning his defence

and his legitimate needs. Failure to allow that possibility, regardless of the question of interrogations and their use by the courts, amounts, subject to exceptions, to a violation of Article 6 of the Convention.

I would add that, naturally, the fact that defence counsel may see the accused throughout his detention in police stations or in prison is more apt than any other measure to prevent treatment prohibited by Article 3 of the Convention.

The foregoing considerations would not have been necessary if the Court's reasoning had not contained passages capable of suggesting to the reader that the Court requires accused persons to be assisted by defence counsel only from the start of and during interrogation (or even only during an interview of which a formal record is to be produced to be used as evidence by the court). From paragraph 55 onwards the text adopted by the Court concentrates entirely on the answers given by the applicant when questioned which were later used against him.

I would find such a reading of the judgment too reductive. The importance of the Court's decision for the protection of an accused person deprived of his liberty would be severely weakened thereby. And wrongly so, to my mind, since the reasoning linked to the questioning of the applicant and the way his answers were used by the courts is easily explained by the Court's concern to take into consideration the specific facts of the case before it.

SALDUZ c. TURQUIE
(Requête n° 36391/02)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 27 NOVEMBRE 2008¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Utilisation comme preuve de la déposition à la police d'un mineur n'ayant pas eu accès à un avocat****Article 6 § 3 c)**

Procès équitable – Procédure pénale – Droits de la défense – Utilisation comme preuve de la déposition à la police d'un mineur n'ayant pas eu accès à un avocat – Fait de se défendre avec l'aide d'un défenseur – Refus systématique de l'assistance d'un avocat lors de la garde à vue en cas d'infraction relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat – Déposition faite preuve essentielle justifiant la condamnation – Assistance ultérieure par un avocat et nature contradictoire de la suite de la procédure sans effet sur le défaut survenu précédemment – Importance fondamentale pour tout mineur d'avoir accès à un avocat pendant la garde à vue

*

* *

Le requérant, encore mineur, fut arrêté pour aide et assistance à une organisation terroriste, infraction rentrant dans la compétence des cours de sûreté de l'Etat. Ainsi, suivant la législation, le requérant ne fut pas assisté d'un avocat dès sa mise en garde à vue et lors de sa déposition devant la police. Par la suite, devant le procureur et le juge d'instruction, le requérant chercha à se rétracter, affirmant que ses aveux lui avaient été extorqués. Placé en détention provisoire, il fut alors autorisé à voir un avocat. Lors du procès, le requérant continua à contester sa déposition mais la cour de sûreté de l'Etat conclut à l'authenticité de ses aveux devant la police, le reconnut coupable des faits qui lui étaient reprochés et le condamna à trente mois d'emprisonnement.

Dans son arrêt du 26 avril 2007, une chambre de la Cour européenne a conclu que l'équité du procès n'avait pas eu à pâtir du fait que le requérant n'avait pas eu accès à un avocat pendant sa garde à vue

Article 6 § 3 c) : pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment concret et effectif, il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque de telles raisons impérieuses existent, pareille restriction ne doit pas indûment préjudicier aux droits de la défense, ce qui serait le cas si des déclarations incriminantes faites lors d'un

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

interrogatoire de police subi sans assistance d'un avocat étaient utilisées pour fonder une condamnation. En l'espèce, la justification avancée pour refuser au requérant l'accès à un avocat, à savoir que la loi refusait systématiquement cet accès en cas d'infraction relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat, suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6. Par ailleurs, la cour de sûreté de l'Etat a fait de la déposition livrée à la police par l'intéressé la preuve essentielle justifiant sa condamnation, malgré la contestation par le requérant de son exactitude. En outre, ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'ont pu porter remède au défaut survenu pendant la garde à vue. Enfin, l'âge du requérant est également un facteur décisif. Le grand nombre d'instruments juridiques internationaux pertinents portant sur la question montre l'importance fondamentale de la possibilité pour tout mineur placé en garde à vue d'avoir accès à un avocat pendant cette détention. En résumé, même si le requérant a eu l'occasion de contester les preuves à charge à son procès en première instance puis en appel, l'impossibilité pour lui de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a irrémédiablement nui à ses droits de la défense.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue au requérant des indemnités au titre du préjudice moral et de frais et dépens. Il est indiqué que la forme la plus appropriée de redressement serait un nouveau procès.

Jurisprudence citée par la Cour

- Can c. Autriche*, 12 juillet 1984, avis de la Commission, série A n° 96
Colozza c. Italie, 12 février 1985, série A n° 89
Poitrimol c. France, 23 novembre 1993, série A n° 277-A
Imbrioscia c. Suisse, 24 novembre 1993, série A n° 275
John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I
Magee c. Royaume-Uni, n° 28135/95, CEDH 2000-VI
Kwiatkowska c. Italie (déc.), n° 52868/99, 30 novembre 2000
Brennan c. Royaume-Uni, n° 39846/98, CEDH 2001-X
Kolu c. Turquie, n° 35811/97, 2 août 2005
Sejdovic c. Italie [GC], n° 56581/00, CEDH 2006-II
Jalloh c. Allemagne [GC], n° 54810/00, CEDH 2006-IX
Demboukov c. Bulgarie, n° 68020/01, 28 février 2008

En l'affaire Salduz c. Turquie,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Nicolas Bratza, *président*,
Christos Rozakis,
Josep Casadevall,
Rıza Türmen,
Rait Maruste,
Vladimiro Zagrebelsky,
Stanislav Pavlovski,
Alvina Gyulumyan,
Ljiljana Mijović,
Dean Spielmann,
Renate Jaeger,
David Thór Björgvinsson,
Ján Šikuta,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Luis López Guerra,
Mirjana Lazarova Trajkovska, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 19 mars et 15 octobre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 36391/02) dirigée contre la République de Turquie et dont un ressortissant turc, M. Yusuf Salduz (« le requérant »), a saisi la Cour le 8 août 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Dans sa requête, M. Salduz se plaignait de ce que, poursuivi au pénal, il s'était vu refuser l'assistance d'un avocat pendant sa garde à vue et n'avait pas obtenu, au stade ultime – devant la Cour de cassation – de la procédure, communication des conclusions écrites du procureur général près cette juridiction. Il y voyait une violation des droits de la défense. Il invoquait l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention.

3. La requête a été attribuée à la deuxième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement).

4. Par une décision du 28 mars 2006, la requête a été déclarée partiellement irrecevable par une chambre de la dite section composée de Jean-Paul Costa, András Baka, Rıza Türmen, Karel Jungwiert, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, juges, et de Sally Dollé, greffière de section.

5. Dans son arrêt du 26 avril 2007 («l'arrêt de la chambre»), la chambre, composée de Françoise Tulkens, András Baka, Ireneu Cabral Barreto, Rıza Türmen, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni et Danutė Jočienė, juges, et de Sally Dollé, greffière de section, a considéré, à l'unanimité, qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la non-communication au requérant, devant la Cour de cassation, des conclusions écrites du procureur général et, par cinq voix contre deux, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention à raison du fait que le requérant n'avait pu se faire assister d'un avocat pendant sa garde à vue.

6. Le 20 juillet 2007, le requérant a demandé le renvoi de l'affaire à la Grande Chambre (article 43 de la Convention).

7. Le 24 septembre 2007 un collège de la Grande Chambre a décidé de faire droit à cette demande (article 73 du règlement).

8. La composition de la Grande Chambre a été déterminée conformément aux dispositions de l'article 27 §§ 2 et 3 de la Convention et de l'article 24 du règlement.

9. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

10. Une audience a eu lieu en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 mars 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M.	M. Özmen,	<i>coagent,</i>
M ^{me}	N. Çetin,	
M ^{me}	A. Özdemir,	
M ^{me}	İ. Kocayığit	
M.	C. Aydın,	<i>conseillers;</i>

– *pour le requérant*

M.	U. Kılınç,	
M ^{me}	T. Aslan,	<i>conseillers.</i>

La Cour a entendu en leurs observations ainsi qu'en leurs réponses à des questions posées par la Cour M. Kılınç et M. Özmen.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Le requérant est né le 2 février 1984 ; il réside à İzmir.

A. L'arrestation et le placement en détention du requérant

12. Soupçonné d'avoir participé à une manifestation illégale de soutien au PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan, organisation illégale), le requérant fut arrêté le 29 mai 2001 vers 22 h 15 par des policiers de la section antiterroriste de la direction de la sûreté d'İzmir. On lui reprochait également d'avoir accroché une banderole illégale sur un pont à Bornova le 26 avril 2001.

13. Le 30 mai 2001 vers 0 h 30, le requérant fut emmené à l'hôpital universitaire Atatürk, où il fut examiné par un médecin. D'après le rapport médical établi à la suite de cet examen, le corps de l'intéressé ne présentait aucune trace de mauvais traitements.

14. Vers 1 heure le même jour, le requérant fut interrogé dans les locaux de la section antiterroriste en l'absence d'un avocat. D'après un formulaire explicatif des droits des personnes arrêtées signé par lui, les policiers lui notifièrent les charges qui pesaient sur lui et l'informèrent de son droit de garder le silence. Dans sa déclaration, le requérant reconnut qu'il faisait partie de la section des jeunes du HADEP (*Halkın Demokrasi Partisi* – Parti de la démocratie du peuple). Il donna les noms de plusieurs personnes travaillant pour la section de la jeunesse du bureau de district de Bornova. Il déclara qu'il était l'assistant du responsable du service de presse et des publications de la dite section, et qu'il était également responsable du secteur d'Osmangazi. Il expliqua qu'une partie de son travail consistait à attribuer leurs tâches aux autres membres de la section. Il reconnut qu'il avait participé à la manifestation de soutien au chef emprisonné du PKK que le HADEP avait organisée le 29 mai 2001. Il déclara que la manifestation avait rassemblé quelque soixante personnes, qui avaient crié des slogans de soutien à Öcalan et au PKK. Il précisa qu'il avait été arrêté sur les lieux de la manifestation. Il admit également que c'était lui qui avait écrit les mots «longue vie à notre chef Apo» qui figuraient sur une banderole qui avait été accrochée à un pont le 26 avril 2001. La police prit des échantillons de son écriture et les envoya au laboratoire de la police criminelle d'İzmir pour examen.

15. Le laboratoire remit son rapport le 1^{er} juin 2001. Il y concluait que si certaines caractéristiques de l'écriture du requérant présentaient des

analogies avec l'écriture de la banderole, on ne pouvait établir si celle-ci avait réellement été écrite par l'intéressé.

16. Le 1^{er} juin 2001 vers 23 h 45, le requérant fut une nouvelle fois examiné par un médecin, qui déclara que le corps de l'intéressé ne présentait aucune marque de mauvais traitements.

17. Le même jour, le requérant fut traduit devant un procureur, puis devant un juge d'instruction. Devant le procureur, il expliqua qu'il n'était membre d'aucun parti politique mais qu'il avait pris part à certaines activités du HADEP. Il nia avoir confectionné la moindre banderole illégale ou avoir participé à la manifestation du 29 mai 2001. Il déclara qu'il se trouvait dans le quartier de Doğanlar, où il devait rendre visite à un ami, lorsqu'il avait été arrêté par la police. Il fit également devant le juge d'instruction une déclaration dans laquelle il rétractait celle qu'il avait faite devant la police, alléguant que celle-ci lui avait été extorquée sous la contrainte. Il affirma qu'il avait été frappé et insulté pendant sa garde à vue. Il démentit une nouvelle fois avoir participé à la moindre activité illégale et expliqua que, le 29 mai 2001, il s'était rendu dans le quartier de Doğanlar pour y rendre visite à un ami et qu'il ne faisait pas partie du groupe de personnes qui avaient crié des slogans. A l'issue de l'interrogatoire, le juge d'instruction ordonna son placement en détention provisoire eu égard à la nature de l'infraction et à l'état des preuves. Le requérant eut alors la possibilité de faire appel à un avocat.

B. Le procès

18. Le 11 juillet 2001, le procureur près la cour de sûreté de l'Etat d'Izmir déposa devant cette juridiction un acte d'accusation dans lequel il reprochait au requérant d'avoir prêté aide et assistance au PKK, infraction réprimée par l'article 169 du code pénal et par l'article 5 de la loi sur la prévention du terrorisme (loi n° 3713).

19. Le 16 juillet 2001, la cour de sûreté de l'Etat tint une audience préparatoire. Elle décida que le requérant devait être maintenu en détention provisoire et qu'il devait être invité à préparer ses observations en défense.

20. Le 28 août 2001, la cour de sûreté de l'Etat tint sa première audience, en présence du requérant et de son avocat. Elle entendit le requérant en personne, qui se défendit d'avoir commis les faits qui lui étaient reprochés. Il démentit également le contenu de sa déposition faite devant la police, alléguant que celle-ci lui avait été extorquée sous la contrainte. Il expliqua qu'alors qu'il se trouvait en garde à vue des policiers lui avaient ordonné de recopier les mots qui figuraient sur une banderole. Il déclara par ailleurs qu'il avait été témoin des événements du 29 mai 2001, mais que, contrairement à ce qu'on lui reprochait, il n'avait pas participé à la manifestation. Il affirma

que s'il se trouvait dans le quartier c'était parce qu'il devait y rendre visite à un ami nommé Özcan. Il contesta également avoir accroché une banderole illégale à un pont le 26 avril 2001.

21. Lors de l'audience suivante, qui se tint le 25 octobre 2001, le requérant et son avocat étaient tous deux présents. La cour de sûreté entendit également d'autres accusés, qui tous nièrent avoir participé à la manifestation illégale du 29 mai 2001 et rétractèrent les déclarations qu'ils avaient faites auparavant. Le parquet requit alors la condamnation du requérant sur le fondement de l'article 169 du code pénal, et l'avocat du requérant demanda un délai pour soumettre les observations en défense de son client.

22. Le 5 décembre 2001, le requérant présenta ses observations en défense. Il y niait avoir commis les faits qui lui étaient reprochés et demandait sa libération. La cour de l'Etat d'İzmir se prononça le même jour. Elle acquitta cinq des accusés et reconnut le requérant et trois autres accusés coupables des charges qui pesaient sur eux. Elle condamna le requérant à quatre ans et six mois d'emprisonnement, peine qui fut ramenée à deux ans et demi d'emprisonnement compte tenu de ce que le requérant était mineur à l'époque des faits.

23. Pour rendre sa décision, la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir se fonda sur les déclarations que le requérant avait faites devant la police, devant le procureur et devant le juge d'instruction. Elle prit également en considération les dépositions faites par ses coaccusés devant le procureur et aux termes desquelles c'était le requérant qui les avait poussés à participer à la manifestation du 29 mai 2001. Elle releva que les coaccusés du requérant avaient également déclaré que c'était l'intéressé qui s'était occupé de l'organisation de la manifestation. Elle prit note, par ailleurs, de l'expertise graphologique où étaient comparées l'écriture du requérant et celle de l'inscription qui figurait sur la banderole. Elle releva enfin que, d'après le procès-verbal d'arrestation établi par la police, le requérant était au nombre des manifestants. Elle conclut :

« (...) au vu de ces faits matériels, la cour de sûreté de l'Etat n'ajoute pas foi au démenti du requérant et conclut à l'authenticité des aveux faits par lui devant la police. »

C. L'appel

24. Le 2 janvier 2002, l'avocat du requérant interjeta appel du jugement de la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir pour violation des articles 5 et 6 de la Convention, alléguant que la procédure suivie devant la juridiction de première instance avait été inéquitable, les preuves n'y ayant selon lui pas été examinées correctement.

25. Le 27 mars 2002, le procureur général près la Cour de cassation soumit à la neuvième chambre de la haute juridiction des conclusions écrites dans lesquelles il invitait la chambre à confirmer le jugement de la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir. Ces conclusions ne furent communiquées ni au requérant ni à son représentant.

26. Le 10 juin 2002, la neuvième chambre de la Cour de cassation, approuvant la manière dont la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir avait apprécié les preuves et motivé sa décision, débouta le requérant de son recours.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE PERTINENTS

A. Le droit interne

1. *La législation en vigueur au moment de l'introduction de la requête*

27. Les dispositions pertinentes de l'ancien code de procédure pénale (loi n° 1412), à savoir les articles 135, 136 et 138, prévoyaient que toute personne soupçonnée ou accusée d'une infraction pénale avait droit à l'assistance d'un avocat dès son placement en garde à vue. L'article 138 disposait clairement que pour les mineurs l'assistance d'un avocat était obligatoire.

28. En vertu de l'article 31 de la loi n° 3842 du 18 novembre 1992, qui modifia les règles de procédure pénale, les dispositions précitées ne devaient pas être appliquées aux personnes accusées d'infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat.

2. *Amendements récents*

29. Le 15 juillet 2003 fut adoptée la loi n° 4928, qui abrogeait la restriction mise au droit pour un accusé de se faire assister par un avocat dans les procédures suivies devant les cours de sûreté de l'Etat.

30. Le 1^{er} juillet 2005, un nouveau code de procédure pénale est entré en vigueur. D'après ses dispositions pertinentes en l'espèce (articles 149 et 150), toute personne détenue a droit à l'assistance d'un avocat dès son placement en garde à vue. La désignation d'un avocat est obligatoire si la personne concernée est mineure ou si elle est accusée d'une infraction punissable d'une peine maximale d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

31. Enfin, l'article 10 de la loi sur la prévention du terrorisme (loi n° 3713) tel qu'amendé le 29 juin 2006 prévoit que, pour les infractions liées au terrorisme, le droit d'accès à un avocat peut être différé de vingt-quatre heures sur l'ordre d'un procureur. En revanche, l'accusé ne peut être interrogé pendant cette période.

B. Textes de droit international pertinents

1. La procédure dans les affaires mettant en cause des mineurs

a) Conseil de l'Europe

32. La Recommandation Rec(2003)20 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant les nouveaux modes de traitement de la délinquance juvénile et le rôle de la justice des mineurs, adoptée le 24 septembre 2003 lors de la 853^e réunion des délégués des ministres, comporte le passage suivant :

« 15. Lorsque des mineurs sont placés en garde à vue, il conviendrait de prendre en compte leur statut de mineur, leur âge, leur vulnérabilité et leur niveau de maturité. Ils devraient être informés dans les plus brefs délais, d'une manière qui leur soit pleinement intelligible, des droits et des garanties dont ils bénéficient. Lorsqu'ils sont interrogés par la police, ils devraient en principe être accompagnés d'un de leurs parents/leur tuteur légal ou d'un autre adulte approprié. Ils devraient aussi avoir le droit d'accès à un avocat et à un médecin (...) »

33. La Recommandation n° R (87) 20 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les réactions sociales à la délinquance juvénile, adoptée le 17 septembre 1987 lors de la 410^e réunion des délégués des ministres, comporte le passage suivant :

« Recommande aux gouvernements des Etats membres de revoir, si nécessaire, leur législation et leur pratique en vue :

(...)

8. de renforcer la position légale des mineurs tout au long de la procédure y compris au stade policier en reconnaissant, entre autres :

(...)

– le droit à l'assistance d'un défenseur, éventuellement commis d'office et rémunéré par l'Etat ;

(...) »

b) Nations unies

i. Convention relative aux droits de l'enfant

34. L'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose comme suit :

« Les Etats parties veillent à ce que :

(...)

d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.»

ii. Observation générale n° 10 du Comité des droits de l'enfant du 25 avril 2007 (CRC/C/GC/10)

35. Ce texte, qui concerne l'assistance juridique devant être accordée aux mineurs en garde à vue, comporte les passages suivants :

«49. L'enfant doit bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense. La Convention exige que l'enfant bénéficie d'une assistance qui, si elle n'est pas forcément juridique, doit être appropriée. Les modalités de fourniture de l'assistance sont laissées à l'appréciation des Etats parties, mais, en tout état de cause, l'assistance doit être gratuite. (...)

(...)

52. Le Comité recommande aux Etats parties de fixer et de faire respecter des délais maxima entre la commission de l'infraction et l'achèvement de l'enquête policière, la décision du procureur (ou tout autre organe compétent) d'inculper l'enfant et le prononcé du jugement par le tribunal ou tout autre organe judiciaire compétent. Ces délais doivent être sensiblement plus courts que pour les adultes. Toutefois, si les décisions doivent être adoptées avec diligence, elles doivent résulter d'un processus durant lequel les droits fondamentaux de l'enfant et les garanties légales en sa faveur sont pleinement respectés. Une assistance juridique ou toute autre assistance appropriée doit aussi être fournie, non seulement à l'audience de jugement devant un tribunal ou tout autre organe judiciaire, mais à tous les stades du processus, à commencer par l'interrogatoire de l'enfant par la police.»

iii. Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Turquie, 09/07/2001 (CRC/C/15/Add.152.)

36. Ce texte comporte le passage suivant :

«66. Le comité recommande à l'Etat partie de poursuivre l'examen de sa législation et de ses pratiques concernant le système de justice pour mineurs afin d'en garantir l'entière conformité avec les dispositions de la Convention, en particulier les articles 37, 40 et 39, et avec les autres normes internationales qui traitent de cette question, dont l'Ensemble de règles minima des Nations unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et les Principes directeurs des Nations unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Riyad), en vue de relever l'âge minimum légal de la responsabilité pénale, d'étendre la protection garantie par les tribunaux pour mineurs à tous les enfants jusqu'à l'âge de 18 ans et d'assurer l'application effective de cette loi en créant des tribunaux pour mineurs dans chaque province. En particulier, il rappelle à l'Etat partie que les jeunes délinquants doivent être jugés sans retard pour éviter qu'ils ne soient détenus sans pouvoir communiquer avec l'extérieur, et que la détention provisoire doit être seulement une

mesure de dernier ressort, doit être la plus brève possible et ne doit pas excéder le délai prescrit par la loi. Chaque fois que cela est possible, des mesures de remplacement doivent être prises pour éviter la détention provisoire avant jugement.»

2. *Le droit d'accès à un avocat pendant la garde à vue*

a) **Conseil de l'Europe**

i. Règles adoptées par le Comité des Ministres

37. L'article 93 de l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus (Résolution (73) 5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe) est ainsi libellé :

«Un prévenu doit, dès son incarcération, pouvoir choisir son avocat (...), et (...) recevoir des visites de son avocat en vue de sa défense. Il doit pouvoir préparer et remettre à celui-ci des instructions confidentielles, et en recevoir. Sur sa demande, toute facilité doit lui être accordée à cette fin. (...) Les entrevues entre le prévenu et son avocat peuvent être à portée de la vue mais ne peuvent pas être à portée d'ouïe directe ou indirecte d'un fonctionnaire de la police ou de l'établissement.»

38. Par ailleurs, la Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les règles pénitentiaires européennes, adoptée le 11 janvier 2006 lors de la 952^e réunion des délégués des ministres, dispose en ses parties pertinentes :

«Conseils juridiques

23.1 Tout détenu a le droit de solliciter des conseils juridiques et les autorités pénitentiaires doivent raisonnablement l'aider à avoir accès à de tels conseils.

23.2 Tout détenu a le droit de consulter à ses frais un avocat de son choix sur n'importe quel point de droit.

(...)

23.5 Une autorité judiciaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, autoriser des dérogations à ce principe de confidentialité dans le but d'éviter la perpétration d'un délit grave ou une atteinte majeure à la sécurité et à la sûreté de la prison.»

ii. Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)

39. A la suite de sa visite en Turquie en juillet 2000, le CPT publia un rapport, daté du 8 novembre 2001 (CPT/Inf (2001) 25), dans lequel il s'exprimait comme suit :

«61. Nonobstant les nombreux changements apportés à la législation au cours des dernières années, certaines faiblesses demeurent en ce qui concerne les garanties formelles contre les mauvais traitements. La carence la plus importante tient peut-être au fait que les personnes détenues au motif qu'on les soupçonne d'avoir commis des infractions collectives relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat n'ont toujours pas le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat pendant les quatre premiers jours de leur garde à vue. De surcroît, après avoir dit le contraire antérieurement, les autorités turques ont précisé dans leur réponse au rapport consécutif à la visite de février/mars 1999 que les détenus de cette catégorie se voient dénier pendant les quatre premiers jours de leur garde à vue la possibilité d'informer un proche de leur situation. Pareille détention au secret ne peut que faciliter l'infliction de mauvais traitements.

Aussi le CPT se voit-il dans l'obligation de rappeler, une fois de plus, sa recommandation aux termes de laquelle toute personne privée de sa liberté par un organe chargé de l'application de la loi, y compris les personnes soupçonnées d'infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat, devrait bénéficier dès son placement en garde à vue du droit à l'assistance d'un avocat. Le CPT reconnaît que, pour protéger les intérêts légitimes de l'enquête de police, il peut, dans des cas exceptionnels, s'avérer nécessaire de différer, pour une certaine période, l'accès d'une personne détenue à un avocat de son choix; en pareil cas, toutefois, l'accès à un autre avocat indépendant devrait être prévu.

La mise en œuvre de la dite recommandation exigera des mesures législatives. Dans l'intervalle, toutefois, les autorités turques devraient prendre immédiatement les mesures nécessaires pour garantir le respect des dispositions légales existantes. En effet, les informations recueillies lors de la visite ad hoc effectuée en 2000 indiquent clairement que même après les quatre premiers jours de la garde à vue l'accès à un avocat pour les personnes soupçonnées d'infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat est en pratique l'exception plutôt que la règle. Le CPT recommande que les fonctionnaires responsables de la réalisation des vérifications et inspections au titre de la procédure de surveillance du respect de la législation mentionnée ci-dessus se voient donner pour instruction de faire particulièrement attention au point de savoir si les personnes soupçonnées d'infractions collectives relevant de la juridiction des cours de sûreté de l'Etat sont informées de leur droit à obtenir l'assistance d'un avocat après les quatre premiers jours de leur garde à vue et si elles sont placées dans une situation leur permettant effectivement d'exercer ce droit.»

40. Le CPT a effectué une nouvelle visite en Turquie en septembre 2001. Dans son rapport, daté du 24 avril 2002 (DPT/Inf (2002) 8), il s'est exprimé ainsi :

«12. Les amendements apportés à l'article 16 de la loi sur l'organisation des cours de sûreté de l'Etat et les procédures de jugement devant elles ont également introduit une amélioration relativement à l'accès à un avocat pour les personnes détenues en rapport avec des infractions collectives relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat. Pour ces personnes, le droit à obtenir l'assistance d'un avocat devient effectif

après que le procureur a délivré un ordre écrit de prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures; en d'autres termes, les personnes en question ne se voient refuser l'accès à un avocat que pendant deux jours, contre quatre sous l'empire de l'ancienne législation.

Tout en saluant ce pas en avant, le CPT regrette que les autorités turques n'aient pas saisi l'occasion pour garantir aux personnes détenues en rapport avec des infractions collectives relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat un droit à obtenir l'assistance d'un avocat dès le placement en garde à vue (et ainsi aligner les droits en la matière des personnes concernées sur ceux dont bénéficient les suspects de droit commun). Le CPT ne doute pas que les autorités turques mettent en œuvre dans un proche avenir la recommandation de longue date du comité en vertu de laquelle toute personne privée de sa liberté par un organe chargé d'assurer le respect de la loi, y compris les personnes soupçonnées d'infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat, devrait bénéficier dès son placement en garde à vue du droit d'accès à un avocat.

(...)

46. Référence a été faite ci-dessus à des développements législatifs récents de nature positive concernant le droit pour les personnes gardées à vue d'obtenir l'assistance d'un avocat et d'avertir un proche de leur situation (paragraphe 12 à 14 ci-dessus). Ces amendements législatifs ont, par ailleurs, amélioré un cadre législatif et réglementaire déjà impressionnant mis en place pour combattre la torture et les mauvais traitements. Cela étant, le CPT demeure très préoccupé par le fait que les personnes détenues en rapport avec des infractions collectives relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat se voient toujours refuser l'accès à un avocat pendant les deux premiers jours de leur garde à vue; il a précisé sa position sur ce point au paragraphe 12 ci-dessus.

De surcroît, le contenu actuel du droit d'accès à un avocat pour les personnes soupçonnées d'infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat demeure moins développé qu'il ne l'est dans le cas des personnes soupçonnées d'infractions pénales de droit commun. En particulier, autant que le CPT puisse en juger, les personnes relevant de la première catégorie ne peuvent demander à ce que leur avocat soit présent lorsqu'elles effectuent une déclaration devant la police, et la procédure autorisant la désignation d'un avocat par l'association du barreau ne leur est pas applicable. De même, la disposition rendant obligatoire la désignation d'un avocat pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans ne s'applique toujours pas aux mineurs détenus en rapport avec des infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat. A cet égard, le CPT réitère la recommandation qu'il avait déjà faite dans le rapport consécutif à sa visite d'octobre 1997 et selon laquelle les dispositions pertinentes des articles 135, 136 et 138 du code de procédure pénale devraient être rendues applicables aux personnes soupçonnées d'infractions relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat.»

b) Nations unies

i. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

41. L'article 14 § 3 b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit que toute personne accusée d'une infraction pénale a droit à « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix ».

ii. Le Comité des Nations unies contre la torture

42. Dans ses conclusions et recommandations relatives à la Turquie en date du 27 mai 2003 (CAT/C/CR/30/5), le Comité s'est exprimé comme suit :

« 5. Le Comité se déclare préoccupé par :

(...)

c) Les allégations selon lesquelles les personnes gardées à vue se voient refuser la possibilité de bénéficier rapidement et comme il convient de l'assistance d'un avocat et d'un médecin et leurs proches ne sont pas informés promptement de leur détention ;

(...)

7. Le Comité recommande à l'Etat partie :

a) De veiller à ce que les détenus, y compris ceux privés de leur liberté à la suite d'infractions relevant de la compétence des tribunaux de sûreté de l'Etat, bénéficient dans la pratique des garanties contre les mauvais traitements et la torture, notamment en assurant le respect de leur droit à l'assistance d'un médecin et d'un avocat et de communiquer avec leur famille ;

(...)

43. Dans son Observation générale n° 2 datée du 24 janvier 2008 (CAT/C/GC/2), le Comité s'est exprimé ainsi :

« 13. Certaines garanties fondamentales des droits de l'homme s'appliquent à toutes les personnes privées de liberté. Plusieurs sont précisées dans la Convention et le Comité demande systématiquement aux Etats parties de s'y reporter. Les recommandations du Comité au sujet des mesures efficaces visent à préciser sa position actuelle et ne sont pas exhaustives. Ces garanties comprennent, notamment (...) de bénéficier promptement d'une assistance juridique (...) indépendante (...) »

c) Union européenne

44. L'article 48 de la Charte des droits fondamentaux énonce que « le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé ». L'article 52 § 3 du même texte précise que le sens et la portée du droit garanti à l'article 48 sont les mêmes que ceux que leur confère la Convention européenne des droits de l'homme.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

A. L'accès à un avocat pendant la garde à vue

45. Le requérant voit une violation de ses droits de la défense dans le fait qu'il s'est vu dénier l'accès à un avocat pendant sa garde à vue. Il invoque l'article 6 § 3 c) de la Convention, aux termes duquel :

« 3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent (...) »

1. L'arrêt de la chambre

46. Dans son arrêt du 26 avril 2007, la chambre a conclu à la non-violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention. Elle a relevé à cet égard que le requérant avait été représenté par un avocat tant en première instance qu'en appel et que la déposition faite par lui devant la police pendant sa garde à vue ne constituait pas la seule base de sa condamnation. Elle a considéré que le requérant avait eu l'occasion de contester la thèse de l'accusation dans des conditions qui ne le plaçaient pas dans une situation de net désavantage par rapport à elle. La chambre a par ailleurs noté qu'avant de trancher la cause, la cour de sûreté de l'Etat s'était penchée sur les circonstances qui avaient entouré l'arrestation du requérant ainsi que sur l'expertise graphologique relative à l'inscription figurant sur la banderole, et qu'elle avait également pris note des dépositions faites par les témoins. Elle a conclu, dans ces conditions, que l'équité du procès n'avait pas eu à pâtir du fait que le requérant n'avait pas eu accès à un avocat pendant sa garde à vue.

2. Les thèses des parties

a) Le requérant

47. Le requérant conteste les motifs sur lesquels la chambre s'est fondée pour conclure à la non-violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention. Il considère que le droit pour une personne placée en garde à vue de se faire assister par un avocat est un droit fondamental. Il rappelle à la Cour que l'ensemble des preuves utilisées contre lui avaient été recueillies au stade de

l'enquête préliminaire, pendant laquelle il s'était vu refuser l'assistance d'un avocat. Il ajoute que les tribunaux internes l'ont condamné en l'absence de tout élément prouvant qu'il était coupable. Il affirme par ailleurs qu'il a été maltraité pendant sa garde à vue et qu'il a signé sa déclaration à la police sous la contrainte. Il fait observer que cette déclaration a été utilisée par la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir, alors qu'il l'avait clairement rétractée devant le procureur, devant le juge d'instruction, puis au procès. Il souligne en outre qu'il était mineur à l'époque des faits et qu'il n'avait pas de casier judiciaire. Il considère que, compte tenu de la gravité des charges portées contre lui, l'impossibilité de faire appel à un avocat a emporté violation de son droit à un procès équitable. Il soutient enfin que le Gouvernement est resté en défaut de fournir la moindre justification valable sur ce point.

b) Le Gouvernement

48. Le Gouvernement invite la Grande Chambre à confirmer la conclusion de la chambre, selon laquelle il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention. Il fait valoir d'abord que la législation a été modifiée en 2005. Il considère ensuite que la restriction imposée à l'accès du requérant à un avocat n'a pas enfreint le droit à un procès équitable garanti à l'intéressé par l'article 6 de la Convention. Se référant à la jurisprudence de la Cour (en particulier, *Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, série A n° 275, *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, *Averill c. Royaume-Uni*, n° 36408/97, CEDH 2000-VI, *Magee c. Royaume-Uni*, n° 28135/95, CEDH 2000-VI, et *Brennan c. Royaume-Uni*, n° 39846/98, CEDH 2001-X), il soutient que pour déterminer si un procès a ou non revêtu un caractère équitable il faut prendre en considération l'intégralité de la procédure. Dès lors, dans la mesure où le requérant a été représenté par un avocat pendant la procédure devant la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir et devant la Cour de cassation, son droit à un procès équitable n'aurait pas été violé. Le Gouvernement renvoie par ailleurs à plusieurs affaires turques (*Saraç c. Turquie* (déc.), n° 35841/97, 2 septembre 2004, *Yurtsever c. Turquie* (déc.), n° 42086/02, 31 août 2006, *Uçma c. Turquie* (déc.), n° 15071/03, 3 octobre 2006, *Yavuz et autres c. Turquie* (déc.), n° 38827/02, 21 novembre 2006, et *Yıldız et Sönmez c. Turquie* (déc.), n°s 3543/03 et 3557/03, 5 décembre 2006), dans lesquelles la Cour a déclaré des griefs analogues irrecevables pour défaut manifeste de fondement au motif que, dans la mesure où les déclarations faites devant la police n'étaient pas les seules preuves fondant les condamnations litigieuses, l'impossibilité de faire appel à un avocat pendant la garde à vue n'avait pas emporté violation de l'article 6 de la Convention.

49. Se tournant vers les faits de l'espèce, le Gouvernement déclare que lorsque le requérant fut placé en garde à vue on lui rappela son droit de garder le silence, et que pendant la procédure pénale qui s'ensuivit son avocat eut l'occasion de combattre les allégations du parquet. Il souligne par ailleurs que la déposition du requérant devant la police n'est pas le seul élément ayant fondé sa condamnation.

3. L'appréciation de la Cour

a) Les principes généraux applicables en l'espèce

50. La Cour rappelle que si l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un «tribunal» compétent pour décider du «bien-fondé de l'accusation», il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6 – spécialement son paragraphe 3 – peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès (*Imbrioscia*, précité, § 36). Ainsi qu'il est établi dans la jurisprudence de la Cour, le droit énoncé au paragraphe 3 c) de l'article 6 constitue un élément parmi d'autres de la notion de procès équitable en matière pénale contenue au paragraphe 1 (*Imbrioscia*, précité, § 37, et *Brennan*, précité, § 45).

51. La Cour réaffirme par ailleurs que, quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable (*Poitrimol c. France*, 23 novembre 1993, § 34, série A n° 277-A, et *Demeboukov c. Bulgarie*, n° 68020/01, § 50, 28 février 2008). Cela étant, l'article 6 § 3 c) ne précise pas les conditions d'exercice du droit qu'il consacre. Il laisse ainsi aux Etats contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir, la tâche de la Cour consistant à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable. A cet égard, il ne faut pas oublier que la Convention a pour but de «protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs» et que la nomination d'un conseil n'assure pas à elle seule l'effectivité de l'assistance qu'il peut procurer à l'accusé (*Imbrioscia*, précité, § 38).

52. Une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure. En pareil cas, l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police. Ce droit, que la Convention n'énonce pas expressément, peut

toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Il s'agit donc, dans chaque cas, de savoir si la restriction litigieuse est justifiée et, dans l'affirmative, si, considérée à la lumière de la procédure dans son ensemble, elle a ou non privé l'accusé d'un procès équitable, car même une restriction justifiée peut avoir pareil effet dans certaines circonstances (*John Murray*, précité, § 63, *Brennan*, précité, § 45, et *Magee*, précité, § 44).

53. Les principes décrits au paragraphe 52 ci-dessus cadrent également avec les normes internationales généralement reconnues en matière de droits de l'homme (paragraphe 37-42 ci-dessus) qui se trouvent au cœur de la notion de procès équitable et dont la raison d'être tient notamment à la nécessité de protéger l'accusé contre toute coercition abusive de la part des autorités. Ils contribuent à la prévention des erreurs judiciaires et à la réalisation des buts poursuivis par l'article 6, notamment l'égalité des armes entre les autorités d'enquête ou de poursuite et l'accusé.

54. La Cour souligne l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès (*Can c. Autriche*, 12 juillet 1984, avis de la Commission, § 50, série A n° 96). Parallèlement, un accusé se trouve souvent dans une situation particulièrement vulnérable à ce stade de la procédure, effet qui se trouve amplifié par le fait que la législation en matière de procédure pénale tend à devenir de plus en plus complexe, notamment en ce qui concerne les règles régissant la collecte et l'utilisation des preuves. Dans la plupart des cas, cette vulnérabilité particulière ne peut être compensée de manière adéquate que par l'assistance d'un avocat, dont la tâche consiste notamment à faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même. Ce droit présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions au mépris de la volonté de l'accusé (*Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, § 100, CEDH 2006-IX, et *Kolu c. Turquie*, n° 35811/97, § 51, 2 août 2005). Un prompt accès à un avocat fait partie des garanties procédurales auxquelles la Cour prête une attention particulière lorsqu'elle examine la question de savoir si une procédure a ou non anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (voir, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, précité, § 101). La Cour prend également note à cet égard des nombreuses recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (paragraphe 39-40 ci-dessus) soulignant que le droit de tout détenu à l'obtention de conseils juridiques constitue une

garantie fondamentale contre les mauvais traitements. Toute exception à la jouissance de ce droit doit être clairement circonscrite et son application strictement limitée dans le temps. Ces principes revêtent une importance particulière dans le cas des infractions graves, car c'est face aux peines les plus lourdes que le droit à un procès équitable doit être assuré au plus haut degré possible par les sociétés démocratiques.

55. Dans ces conditions, la Cour estime que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif » (paragraphe 51 ci-dessus), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (voir, *mutatis mutandis*, *Magee*, précité, § 44). Il est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation.

b) Application en l'espèce des principes énoncés ci-dessus

56. En l'espèce, le droit du requérant à bénéficier de l'assistance d'un avocat a été restreint pendant sa garde à vue, en application de l'article 31 de la loi n° 3842, au motif qu'il se trouvait accusé d'une infraction qui relevait de la compétence des cours de sûreté de l'Etat. En conséquence, il n'était pas assisté d'un avocat lorsqu'il a effectué ses déclarations devant la police, devant le procureur et devant le juge d'instruction. Pour justifier le refus au requérant de l'accès à un avocat, le Gouvernement s'est borné à dire qu'il s'agissait de l'application sur une base systématique des dispositions légales pertinentes. En soi, cela suffit déjà à faire conclure à un manquement aux exigences de l'article 6 à cet égard, telles qu'elles ont été décrites au paragraphe 52 ci-dessus.

57. La Cour observe par ailleurs que le requérant a bénéficié de l'assistance d'un avocat après son placement en détention provisoire. Dans la suite de la procédure, il a également pu citer des témoins à décharge et combattre les arguments de l'accusation. La Cour relève également que le requérant a démenti à plusieurs reprises le contenu de sa déclaration à la police, tant au procès en première instance qu'en appel. Toutefois, ainsi qu'il ressort du dossier, l'enquête avait en grande partie été effectuée avant que le requérant ne compare devant le juge d'instruction le 1^{er} juin 2001. De

surcroît, non seulement la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir s'est abstenue, avant d'examiner le fond de l'affaire, de prendre position sur l'opportunité d'admettre comme preuves les déclarations faites par le requérant pendant sa garde à vue, mais elle a fait de la déposition livrée à la police par l'intéressé la preuve essentielle justifiant sa condamnation, nonobstant la contestation par le requérant de son exactitude (paragraphe 23 ci-dessus). La Cour observe à cet égard que, pour condamner le requérant, la cour de sûreté de l'Etat d'İzmir a en réalité utilisé les preuves produites devant elle pour confirmer la déclaration faite par le requérant devant la police. Parmi ces preuves figuraient l'expertise datée du 1^{er} juin 2001 et les dépositions faites par les coaccusés du requérant devant la police et devant le procureur. A cet égard, toutefois, la Cour est frappée par le fait que l'expertise mentionnée dans le jugement de première instance était favorable au requérant, puisque aussi bien elle concluait à l'impossibilité d'établir si l'écriture de l'inscription figurant sur la banderole était identique à celle du requérant (paragraphe 15 ci-dessus). Il est également significatif que tous les coaccusés du requérant qui avaient témoigné contre lui devant la police et devant le procureur rétractèrent leurs déclarations lors du procès et nièrent avoir participé à la manifestation.

58. Il est donc clair en l'espèce que le requérant a été personnellement touché par les restrictions mises à la possibilité pour lui d'avoir accès à un avocat, puisque aussi bien sa déclaration à la police a servi à fonder sa condamnation. Ni l'assistance fournie ultérieurement par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'ont pu porter remède au défaut survenu pendant la garde à vue. Il n'appartient toutefois pas à la Cour de spéculer sur l'impact qu'aurait eu sur l'aboutissement de la procédure la possibilité pour le requérant de se faire assister par un avocat pendant sa garde à vue.

59. La Cour rappelle par ailleurs que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, que ce soit de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable (*Kwiatkowska c. Italie* (déc.), n° 52868/99, 30 novembre 2000). Toutefois, pour être effective aux fins de la Convention, la renonciation au droit de prendre part au procès doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité (*Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 86, CEDH 2006-II, *Kolu*, précité, § 53, et *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, § 28, série A n° 89). Ainsi, en l'espèce, la Cour ne peut se fonder sur la mention figurant dans le

formulaire exposant les droits du requérant selon laquelle l'intéressé avait été informé de son droit de garder le silence (paragraphe 14 ci-dessus).

60. La Cour relève enfin que l'un des éléments caractéristiques de la présente espèce était l'âge du requérant. Renvoyant au nombre important d'instruments juridiques internationaux traitant de l'assistance juridique devant être octroyée aux mineurs en garde à vue (paragraphe 32-36 ci-dessus), la Cour souligne l'importance fondamentale de la possibilité pour tout mineur placé en garde à vue d'avoir accès à un avocat pendant cette détention.

61. Or, en l'espèce, ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, la restriction imposée au droit d'accès à un avocat relevait d'une politique systématique et était appliquée à toute personne, indépendamment de son âge, placée en garde à vue en rapport avec une infraction relevant de la compétence des cours de sûreté de l'Etat.

62. En résumé, même si le requérant a eu l'occasion de contester les preuves à charge à son procès en première instance puis en appel, l'impossibilité pour lui de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue a irrémédiablement nui à ses droits de la défense.

c) Conclusion

63. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention combiné avec l'article 6 § 1.

B. La non-communication des conclusions écrites du procureur général près la Cour de cassation

64. Le requérant se plaint de ce que, lors de la procédure devant la Cour de cassation, les conclusions écrites du procureur général près cette juridiction ne lui aient pas été communiquées. Il invoque à cet égard l'article 6 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente en l'espèce est ainsi libellée :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

1. L'arrêt de la chambre

65. Dans son arrêt du 26 avril 2007, la chambre a estimé, à la lumière de sa jurisprudence bien établie en la matière, que la non-communication au requérant, devant la Cour de cassation, des conclusions écrites du procureur général avait enfreint le droit de l'intéressé à une procédure contradictoire. Elle a donc conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

2. *Les thèses des parties*

66. Les parties n'ont formulé aucune observation à cet égard.

3. *L'appréciation de la Cour*

67. Pour les motifs indiqués par la chambre, la Cour considère que le droit du requérant à une procédure contradictoire a été enfreint. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

68. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. **Domage**

1. *L'argumentation des parties*

69. Le requérant demande 5 000 euros (EUR) pour dommage matériel et 10 000 EUR pour dommage moral.

70. Le Gouvernement estime que ces montants sont excessifs et inacceptables.

2. *L'arrêt de la chambre*

71. La chambre n'a pas accordé d'indemnité pour dommage matériel au requérant, considérant qu'il n'avait pas étayé sa demande. Elle a estimé, par ailleurs, que le constat d'une violation représentait en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par l'intéressé.

3. *L'appréciation de la Cour*

72. La Cour réaffirme que la forme la plus appropriée de redressement pour une violation de l'article 6 § 1 consiste à faire en sorte que le requérant se retrouve autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne si cette disposition n'avait pas été méconnue (*Tétériny c. Russie*, n° 11931/03, § 56, 30 juin 2005, *Jeličić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 41183/02, § 53, CEDH 2006-XII, et *Mehmet et Suna Yiğit c. Turquie*, n° 52658/99, § 47, 17 juillet 2007). La Cour juge que ce principe trouve à s'appliquer en l'espèce. Elle estime en conséquence que la forme la plus appropriée de redressement serait, pourvu que le requérant le demande, un nouveau

procès, conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Gençel c. Turquie*, n° 53431/99, § 27, 23 octobre 2003).

73. Quant au reste, la Cour, statuant en équité, alloue au requérant 2 000 EUR pour dommage moral.

B. Frais et dépens

1. Les thèses des parties

74. Le requérant sollicite 3 500 EUR pour les frais et dépens engagés par lui dans la procédure interne et dans celle suivie devant la chambre, sans toutefois soumettre le moindre document à l'appui de sa demande. Il convient de relever que l'intéressé n'a pas modifié la demande qu'il avait présentée initialement devant la chambre, mais a soumis une demande d'assistance judiciaire pour les frais exposés devant la Grande Chambre.

75. Le Gouvernement conteste le bien-fondé de la demande, estimant que celle-ci n'a pas été étayée.

2. L'arrêt de la chambre

76. La chambre a alloué au requérant 1 000 EUR pour frais et dépens.

3. L'appréciation de la Cour

77. La Cour observe que le requérant a eu le bénéfice de l'assistance judiciaire pour les frais et dépens exposés dans le cadre de la procédure suivie devant la Grande Chambre. En conséquence, elle ne doit prendre en considération que ceux engagés devant les juridictions internes et devant la chambre.

78. D'après sa jurisprudence bien établie, l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 41 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux. En outre, les frais ne sont recouvrables que dans la mesure où ils se rapportent à la violation constatée (voir, parmi d'autres, *Beyeler c. Italie* (satisfaction équitable) [GC], n° 33202/96, § 27, 28 mai 2002, et *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 105, CEDH 2003-VIII).

79. A la lumière de ce qui précède, la Cour accorde au requérant la somme que la chambre lui avait déjà allouée, à savoir 1 000 EUR.

C. Intérêts moratoires

80. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention combiné avec l'article 6 § 1 à raison du fait que le requérant n'a pu se faire assister d'un avocat pendant sa garde à vue;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la non-communication au requérant, devant la Cour de cassation, des conclusions écrites du procureur général;
3. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les montants suivants, à convertir en livres turques au taux applicable à la date du règlement:
 - i. 2 000 EUR (deux mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur cette somme, pour dommage moral,
 - ii. 1 000 EUR (mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par les requérants sur cette somme, pour frais et dépens;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai de trois mois et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;
4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 27 novembre 2008.

Vincent Berger
Jurisconsulte

Nicolas Bratza
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions suivantes:

- opinion concordante du juge Bratza;
- opinion concordante des juges Rozakis, Spielmann, Ziemele et Lazarova Trajkovska;
- opinion concordante du juge Zagrebelsky à laquelle se rallient les juges Casadevall et Türmen.

N.B.
V.B.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE BRATZA

(Traduction)

La question centrale en l'espèce concerne l'utilisation comme preuve contre le requérant d'aveux faits par lui lors d'un interrogatoire de police, à un moment où il ne pouvait faire appel à un avocat. La Grande Chambre a jugé que la restriction ainsi mise à l'accès à un avocat avait irrémédiablement nui aux droits de la défense et que ni l'assistance juridique fournie ultérieurement au requérant par un avocat ni la nature contradictoire de la suite de la procédure n'avaient pu porter remède aux vices ayant entaché la garde à vue de l'intéressé. La Grande Chambre a ainsi conclu que les droits garantis au requérant par l'article 6 § 3 c) combiné avec l'article 6 § 1 avaient été violés à raison de l'impossibilité dans laquelle le requérant s'était trouvé de se faire assister par un avocat pendant sa garde à vue. Je souscris entièrement à cette conclusion.

Au paragraphe 55 de l'arrêt, la Cour énonce un principe général en vertu duquel, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 demeure suffisamment «concret et effectif», il faut en règle générale que l'accès à un avocat soit consenti «dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police». Ce principe cadre avec la jurisprudence antérieure et il suffisait incontestablement pour permettre à la Cour de conclure à la violation de l'article 6 au vu des faits de la présente espèce. Cela étant, je partage les doutes exprimés par le juge Zagrebelsky quant à la question de savoir si, en apparaissant situer au premier interrogatoire le moment à partir duquel l'accès à un avocat doit être consenti, la déclaration de principe va suffisamment loin. Comme le juge Zagrebelsky, je considère que la Cour aurait dû saisir l'occasion pour dire clairement que l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire. Il serait regrettable que l'arrêt donne l'impression qu'aucune question ne peut se poser sur le terrain de l'article 6 dès lors que le suspect a pu se faire assister par un avocat dès le début de ses interrogatoires ou que l'article 6 ne peut jouer que si le refus de l'accès à un avocat a nui à l'équité de l'interrogatoire du suspect. Le refus à un suspect de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le début de sa détention peut violer l'article 6 de la Convention s'il y a préjudice pour les droits de la défense, que ce préjudice résulte ou non de l'interrogatoire du suspect.

OPINION CONCORDANTE DES JUGES ROZAKIS,
SPIELMANN, ZIEMELE ET LAZAROVA TRAJKOVSKA

(Traduction)

1. Nous souscrivons à tous égards aux conclusions de la Cour quant à la violation de l'article 6 § 3 c) de la Convention combiné avec l'article 6 § 1.
2. Compte tenu de son importance, nous aurions toutefois préféré que le raisonnement développé au paragraphe 72 de l'arrêt soit inclus également dans le dispositif, et ce pour des motifs qui ont déjà, en partie, été expliqués dans l'opinion concordante commune aux juges Spielmann et Malinverni relative à l'affaire *Vladimir Romanov c. Russie* (n° 41461/02, 24 juillet 2008) et dans l'opinion concordante du juge Spielmann relative à l'affaire *Poloufakine et Tchernychev c. Russie* (n° 30997/02, 25 septembre 2008), et qui sont répétés ci-dessous.
3. Premièrement, il est constant que si le raisonnement développé dans un arrêt permet aux Etats contractants de distinguer les motifs pour lesquels la Cour a conclu à la violation ou à la non-violation de la Convention et revêt de ce fait une importance décisive pour l'interprétation de la Convention, c'est le dispositif qui possède un caractère contraignant pour les parties aux fins de l'article 46 § 1 de la Convention.
4. Or ce qui est dit au paragraphe 72 de l'arrêt nous paraît de la plus haute importance. Il y est réaffirmé que lorsqu'une personne a été condamnée en violation des garanties procédurales consacrées par l'article 6, elle doit autant que possible être remise dans la situation qui aurait été la sienne si l'exigence en cause n'avait pas été méconnue (principe de la *restitutio in integrum*).
5. Le principe de la *restitutio in integrum* trouve son origine dans l'arrêt Usine de Chorzów (fond) rendu par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) le 13 septembre 1928. La CPJI s'y était exprimée comme suit:

«Le principe essentiel (...) est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.» (Recueil des arrêts, série A n° 17, p. 47)
6. Ce principe, en vertu duquel la *restitutio in integrum* est considérée comme le premier moyen à utiliser pour la réparation d'une violation du droit international, a constamment été réaffirmé par la jurisprudence et la pratique internationales et il a été rappelé à l'article 35 du Projet d'articles

sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (adopté par la Commission du droit international en 2001).

L'article 35 de ce Projet d'articles est ainsi libellé :

« L'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) n'est pas matériellement impossible ;
- b) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. »

Il n'y a aucun motif de ne pas appliquer ce principe aux réparations pour faits internationalement illicites dans le domaine des droits de l'homme. (voir Loukis G. Loucaides, « *Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and restitutio in integrum* », [2008] *European Human Rights Law Review*, pp. 182-192).

Dans son arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50) du 31 octobre 1995 (série A n° 330-B), la Cour s'est exprimée ainsi :

« 34. La Cour rappelle que par l'article 53 de la Convention les Hautes Parties contractantes se sont engagées à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ; de plus, l'article 54 prévoit que l'arrêt de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. Il s'ensuit qu'un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci.

Les Etats contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation. Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux Etats contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1). Si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'Etat défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 50 habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée. »

7. En l'espèce, et compte tenu de ce que l'impossibilité à laquelle le requérant s'est trouvé confronté de se faire assister par un avocat pendant sa garde à vue a irrémédiablement nui à ses droits de la défense (paragraphe 62 de l'arrêt), le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de réparation recherché consisterait à rouvrir la procédure et à permettre la tenue d'un nouveau procès, dans le cadre duquel l'ensemble des garanties d'équité seraient observées, à condition évidemment que le requérant le demande et que le droit interne de l'Etat défendeur permette cette solution.

8. La raison pour laquelle nous souhaitons souligner ce point est qu'il échet de ne pas oublier que les indemnités dont la Cour ordonne l'octroi aux victimes de violations de la Convention revêtent, suivant les termes et l'esprit de l'article 41, une nature subsidiaire. Celle-ci cadre avec le caractère subsidiaire attribué aux indemnisations en droit international. L'article 36 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat est ainsi libellé :

« 1. L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. (...) »

Aussi convient-il que la Cour cherche à restaurer le *status quo ante* pour la victime chaque fois que cela est possible. Cela étant, la Cour doit également tenir compte de ce que « l'effacement de l'ensemble des conséquences du fait illicite peut (...) exiger le recours à une pluralité ou à l'ensemble des formes de réparation disponibles, en fonction du type et de l'étendue du préjudice causé » (J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 211, (2)) et compte tenu des recours accessibles au plan interne (article 41).

9. Certes, les Etats ne sont pas obligés, au titre de la Convention, d'introduire dans leurs systèmes juridiques internes des procédures permettant le réexamen de décisions de leurs Cours suprêmes revêtues de l'autorité de la chose jugée. Ils sont toutefois fortement encouragés à le faire, notamment en matière pénale.

10. En Turquie, l'article 311 § 1 f) du code de procédure pénale prévoit que la réouverture de la procédure interne jugée inéquitable par la Cour européenne des droits de l'homme peut être sollicitée dans le délai d'un an à compter de la décision définitive de la Cour.

Il y a toutefois une restriction temporelle à l'applicabilité de cette disposition. Le paragraphe 2 de l'article 311 précise en effet que celle-ci ne s'applique pas aux requêtes déposées devant la Cour européenne des droits de l'homme avant le 4 février 2003, ni aux affaires ayant fait l'objet d'un jugement définitif avant le 4 février 2003. Nous considérons que dans les cas où, comme en l'espèce, l'Etat défendeur s'est doté d'une telle procédure, la Cour se doit non pas de suggérer de manière timide qu'une réouverture de la procédure constituerait la forme la plus appropriée de redressement, comme elle le fait au paragraphe 72 de l'arrêt, mais d'exhorter les autorités à recourir à cette procédure, quelque insatisfaisante qu'elle puisse apparaître, ou à adapter les procédures existantes, pourvu, bien évidemment, que le requérant le souhaite. Cela n'est toutefois juridiquement possible que si une telle exhortation figure dans le dispositif de l'arrêt.

11. De surcroît, la Cour a déjà incorporé semblable exhortation dans le dispositif de certains de ses arrêts. Par exemple, dans l'affaire *Claes et autres c. Belgique* (n^{os} 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 et 49716/99, 2 juin 2005), elle a déclaré au point 5 a) du dispositif de son arrêt « qu'à défaut de faire droit à une demande de ces requérants d'être rejugés ou de rouvrir la procédure, l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois à compter du jour où le requérant signalera ne pas vouloir présenter une telle demande ou qu'il apparaîtra qu'il n'en a pas l'intention ou à compter du jour où une telle demande serait rejetée » certaines sommes pour dommage moral et pour frais et dépens. De même, dans l'affaire *Lungoci c. Roumanie* (n^o 62710/00, 26 janvier 2006), la Cour a dit au point 3 a) du dispositif de son arrêt que « l'Etat défendeur assure, dans les six mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif, conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, et si la requérante le désire, la réouverture de la procédure, et qu'il doit simultanément lui verser, 5 000 (cinq mille) euros pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, à convertir en lei roumains au taux applicable à la date du règlement ».

12. En vertu de l'article 46 § 2 de la Convention, la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour relève du Comité des Ministres. Cela ne signifie toutefois pas que la Cour ne doive jouer aucun rôle à cet égard et qu'elle ne doive pas prendre des mesures propres à faciliter la tâche du Comité des Ministres. En réalité, rien dans l'article 41 ni dans aucune autre disposition de la Convention n'empêche la Cour d'évaluer la question de la réparation suivant les principes définis ci-dessus. Dès lors que la Cour est compétente pour interpréter et appliquer la Convention, elle est également compétente pour apprécier « la forme et le quantum de la réparation à accorder » (J. Crawford, *ibidem*, p. 201). Ainsi que la CPJI l'a expliqué dans son arrêt *Usine de Chorzów*: « la réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application [d'une convention internationale]. » (p. 29)

13. Il est essentiel à cet effet que la Cour ne se contente pas de donner dans ses arrêts une description aussi précise que possible de la nature de la violation de la Convention constatée par elle mais qu'elle indique également dans son dispositif, si les circonstances de la cause le requièrent, les mesures qu'elle juge les plus appropriées pour redresser la violation.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE ZAGREBELSKY
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES CASADEVALL ET
TÜRMEŒ

A mon vote favorable au dispositif de l'arrêt, je veux ajouter quelques mots pour expliquer le sens du raisonnement de la Cour, tel que je l'entends.

La Cour a conclu à la violation « de l'article 6 § 3 c) combiné avec l'article 6 § 1 de la Convention à raison du fait que le requérant n'a[vait] pu se faire assister d'un avocat pendant sa garde à vue » (point 1 du dispositif). Elle a ainsi répondu au grief du requérant qui voyait « une violation de ses droits de la défense dans le fait qu'il s'[était] vu dénier l'accès à un avocat pendant sa garde à vue ». Ce grief, énoncé par le requérant sous l'angle de l'article 6 § 3 c), a été justement précisé par la Cour, qui l'a relié à l'article 6 § 1.

Le sens de l'arrêt de la Cour me paraît bien clair. Si besoin était, ce que la Cour dit au paragraphe 53 en renvoyant au paragraphe 37 ne fait que l'éclaircir. Les normes internationales généralement reconnues, que la Cour accepte et qui encadrent sa jurisprudence, disposent qu'« un prévenu doit, dès son incarcération, pouvoir choisir son avocat (...) et (...) recevoir des visites de son avocat en vue de sa défense. Il doit pouvoir préparer et remettre à celui-ci des instructions confidentielles, et en recevoir (...) ».

C'est donc bien dès le début de la garde à vue ou du placement en détention provisoire que l'accusé doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat. Et cela indépendamment des interrogatoires.

L'importance des interrogatoires est évidente dans le cadre de la procédure pénale, de sorte que, comme l'arrêt le souligne, l'impossibilité de se faire assister d'un avocat pendant les interrogatoires s'analyse, sauf exceptions, en une grave défaillance par rapport aux exigences du procès équitable. Mais l'équité de la procédure, quand il s'agit d'un accusé qui est détenu, requiert également que l'accusé puisse obtenir (et le défenseur exercer) toute la vaste gamme d'activités qui sont propres au conseil : la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse, le contrôle des conditions de détention, etc.

Le principe de droit qu'il faut tirer de l'arrêt est donc que l'accusé en état de détention a droit, normalement et sauf limitations exceptionnelles, à ce que, dès le commencement de sa garde à vue ou de sa détention provisoire, un défenseur puisse le visiter pour discuter de tout ce qui touche à sa défense et à ses besoins légitimes. La non-reconnaissance de cette possibilité, indépendamment de ce qui a trait aux interrogatoires et à leur utilisation par le juge, s'analyse, sauf exceptions, en une violation de l'article 6 de la

Convention. J'ajoute que, naturellement, le fait que le défenseur puisse voir l'accusé tout au long de sa détention dans les postes de police ou en prison permet, mieux qu'aucune autre mesure, d'éviter que la prohibition des traitements visés à l'article 3 de la Convention ne soit enfreinte.

Les considérations qui précèdent n'auraient pas été nécessaires si le raisonnement de la Cour n'avait contenu des passages susceptibles de donner à croire au lecteur que la Cour exige l'assistance d'un défenseur seulement à partir et à l'occasion des interrogatoires (voire des interrogatoires donnant lieu à l'établissement d'un procès-verbal aux fins de leur utilisation par le juge). En effet, à partir du paragraphe 55 le texte adopté par la Cour se concentre sur le seul aspect de l'interrogatoire que le requérant a subi et dont le contenu a été utilisé contre lui.

Une telle lecture de l'arrêt me paraîtrait excessivement réductrice. L'importance de la décision de la Cour pour la protection des droits de l'accusé assujéti à une mesure privative de liberté en serait gravement affaiblie. A tort, selon moi, car l'argumentation liée au fait de l'interrogatoire du requérant et de son utilisation par les juges s'explique facilement par le souci de la Cour de prendre en considération les données spécifiques de l'affaire dont elle se trouvait saisie.

K.U. v. FINLAND
(Application no. 2872/02)

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 2 DECEMBER 2008¹

1. English original.

SUMMARY¹**Refusal by Internet service provider to disclose identity of person wanted for placing an indecent advertisement about a minor****Article 8**

Private life – Refusal by Internet service provider to disclose identity of person wanted for placing an indecent advertisement about a minor – Positive obligations – Protection of physical and moral welfare of persons at risk – Requirement for criminal-law response and effective deterrence – Limitations on freedom of expression and privacy of telecommunications and Internet users – Absence of legislative framework for reconciling competing interests

*

* *

In 1999 an unidentified person posted an advertisement of a sexual nature on an Internet dating site in the name of the applicant, without his knowledge. The applicant was 12 years old at the time. The advertisement gave details of the applicant's age, year of birth and physical characteristics and stated that he was looking for an intimate relationship with a male. It also contained a link to his web page where his picture and telephone number could be found. The applicant became aware of the advertisement after receiving an e-mail from a man offering to meet him. A complaint was made to the police but the Internet service provider refused to disclose the identity of the person who had placed the advertisement as it considered itself bound by confidentiality rules. A district court subsequently refused a request by the police under the Criminal Investigations Act no. 449/1987, as amended, for an order requiring the Internet service provider to divulge the advertiser's identity after finding that there was no explicit legal provision in cases concerning less serious offences, such as calumny, which could be used to compel an Internet service provider to disregard professional secrecy and disclose such information. The Court of Appeal upheld that decision and the Supreme Court refused leave to appeal.

Held

Article 8: Although domestic law saw the applicant's case in terms of calumny, the Court preferred to highlight the effects on his private life, given the potential threat to his physical and mental welfare and his vulnerable age. The posting of the

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

Internet advertisement about the applicant was a criminal act which had resulted in a minor becoming a target for paedophiles. Such conduct called for a criminal-law response and effective deterrence had to be reinforced through adequate investigation and prosecution. Children and other vulnerable individuals were entitled to protection by the State from such grave interferences with their private life. The possibility of obtaining damages from a third party, in this instance the Internet service provider, was not a sufficient remedy. What was required was the availability of a remedy enabling the actual offender – in this instance, the person who had placed the advertisement – to be identified and brought to justice, and the victim to obtain financial reparation from him. The Government could not argue that they had not had the opportunity to put in place a system to protect children from being targeted by paedophiles via the Internet as the widespread problem of child sexual abuse and the danger of the Internet being used for criminal purposes were well known when the incident took place. Although freedom of expression and confidentiality of communications were primary considerations and users of telecommunications and Internet services had to have a guarantee that their own privacy and freedom of expression would be respected, such guarantee could not be absolute and had to yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. The legislature should, therefore, have provided a framework for reconciling those competing interests. Although such a framework had subsequently been introduced through the Exercise of Freedom of Expression in Mass Media Act no. 460/2003, it had not been in place at the relevant time. The State had thus failed to protect the applicant's right to respect for his private life by giving precedence to the confidentiality requirement over his physical and moral welfare.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court made an award in respect of non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

Airey v. Ireland, 9 October 1979, Series A no. 32

X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, Series A no. 91

Stubbings and Others v. the United Kingdom, 22 October 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV

Osman v. the United Kingdom, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI

August v. the United Kingdom (dec.), no. 36505/02, 21 January 2003

M.C. v. Bulgaria, no. 39272/98, ECHR 2003-XII

Sallinen and Others v. Finland, no. 50882/99, 27 September 2005

Copland v. the United Kingdom, no. 62617/00, ECHR 2007-I

In the case of K.U. v. Finland,

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of:

Nicolas Bratza, *President*,

Lech Garlicki,

Giovanni Bonello,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Ján Šikuta,

Päivi Hirvelä, *judges*,

and Lawrence Early, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 13 November 2008,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 2872/02) against the Republic of Finland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Finnish national (“the applicant”), on 1 January 2002. The President of the Chamber acceded to the applicant’s request not to have his name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant was represented by Mr P. Huttunen, a lawyer practising in Helsinki. The Finnish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr A. Kosonen of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged, in particular, that the State had failed in its positive obligation to protect his right to respect for private life under Article 8 of the Convention.

4. By a decision of 27 June 2006, the Court declared the application admissible.

5. The applicant and the Government each filed further observations (Rule 59 § 1). The Chamber having decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 *in fine*), the parties replied in writing to each other’s observations. In addition, third-party comments were received from the Helsinki Foundation for Human Rights, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1986.

7. On 15 March 1999 an unidentified person or persons placed an advertisement on an Internet dating site in the name of the applicant, who was 12 years old at the time, without his knowledge. The advertisement mentioned his age and year of birth, gave a detailed description of his physical characteristics, a link to the web page he had at the time, which showed his picture, as well as his telephone number, which was accurate save for one digit. In the advertisement, it was claimed that he was looking for an intimate relationship with a boy of his age or older “to show him the way”.

8. The applicant became aware of the advertisement on the Internet when he received an e-mail from a man, offering to meet him and “then to see what you want”.

9. The applicant’s father requested the police to identify the person who had placed the advertisement in order to bring charges against that person. The service provider, however, refused to divulge the identity of the holder of the so-called dynamic Internet Protocol (IP) address in question, regarding itself bound by the confidentiality of telecommunications as defined by law.

10. The police then asked the Helsinki District Court (*käräjäoikeus, tingsrätten*) to oblige the service provider to divulge the said information pursuant to section 28 of the Criminal Investigations Act (*esitutkintalaki, förundersökningslagen*; Act no. 449/1987, as amended by Act no. 692/1997).

11. In a decision issued on 19 January 2001, the District Court refused since there was no explicit legal provision authorising it to order the service provider to disclose telecommunications identification data in breach of professional secrecy. The court noted that by virtue of Chapter 5a, section 3, of the Coercive Measures Act (*pakkokeinolaki, tvångsmedelslagen*; Act no. 450/1987) and section 18 of the Protection of Privacy and Data Security in Telecommunications Act (*laki yksityisyydensuojasta televiestinnässä ja teletoiminnan tietoturvasta, lag om integritetsskydd vid telekommunikation och dataskydd inom televerksamhet*; Act no. 565/1999) the police had the right to obtain telecommunications identification data in cases concerning certain offences, notwithstanding the obligation to observe secrecy. However, malicious misrepresentation was not such an offence.

12. On 14 March 2001 the Court of Appeal (*hovioikeus, hovrätten*) upheld the decision and on 31 August 2001 the Supreme Court (*korkein oikeus, högsta domstolen*) refused leave to appeal.

13. The person who had answered the dating advertisement and contacted the applicant was identified through his e-mail address.

14. The managing director of the company which provided the Internet service could not be charged, because in his decision of 2 April 2001 the prosecutor found that the alleged offence had become time-barred. The alleged offence was a violation of the Personal Data Act (*henkilötietolaki, personuppgiftslagen*; Act no. 523/99, which came into force on 1 June 1999). More specifically, the service provider had published a defamatory advertisement on its website without verifying the identity of the sender.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

15. The Finnish Constitution Act (*Suomen hallitusmuoto, Regeringsform för Finland*; Act no. 94/1919, as amended by Act no. 969/1995) was in force until 1 March 2000. Its section 8 corresponded to Article 10 of the current Finnish Constitution (*Suomen perustuslaki, Finlands grundlag*; Act no. 731/1999), which provides that everyone's right to private life is guaranteed.

16. At the material time, Chapter 27, Article 3, of the Penal Code (*rikoslaki, strafflagen*; Act no. 908/1974) provided:

“A person who in a manner other than that stated above commits an act of malicious misrepresentation against another by a derogatory statement, threat or other degrading act shall be sentenced for malicious misrepresentation to a fine or to imprisonment for a maximum period of three months.

If the malicious misrepresentation is committed in public or in print, writing or a graphic representation disseminated by the guilty party or which the guilty party causes, the person responsible shall be sentenced to a fine or to imprisonment for a maximum period of four months.”

17. At the material time, Chapter 5a, section 3 of the Coercive Measures Act provided:

“Preconditions of telecommunications monitoring

Where there is reason to suspect a person of

- (1) an offence punishable by not less than four months' imprisonment;
- (2) an offence against a computer system using a terminal device, a narcotics offence; or
- (3) a punishable attempt to commit an offence referred to above in this section;

the authority carrying out the criminal investigation may be authorised to monitor a telecommunications connection in the suspect's possession or otherwise presumed to be in his use, or temporarily to disable such a connection, if the information obtained

by the monitoring or the disabling of the connection can be assumed to be very important for the investigation of the offence ...”

18. Section 18, subsection 1(1) of the Protection of Privacy and Data Security in Telecommunications Act, which came into force on 1 July 1999 and was repealed on 1 September 2004, provided:

“Notwithstanding the obligation of secrecy provided for in section 7, the police have the right to obtain:

(1) identification data on transmissions to a particular transcriber connection, with the consent of the injured party and the owner of the subscriber connection, necessary for the purpose of investigating an offence referred to in Chapter 16, Article 9 (a), Chapter 17, Article 13 § 2 or Chapter 24, Article 3 (a) of the Penal Code (Act no. 39/1889) ...”

19. Section 48 of the Personal Data Act provides that the service provider is under criminal liability to verify the identity of the sender before publishing a defamatory advertisement on its website. Section 47 provides that the service provider is also liable in damages.

20. At the material time, processing and publishing sensitive information concerning sexual behaviour on an Internet server without the subject’s consent was criminalised as a data protection offence in section 43 of the Personal Files Act (Act no. 630/1995) and Chapter 38, Article 9 (Act no. 578/1995) of the Penal Code, and as a data protection violation in section 44 of the Personal Files Act. Furthermore, it could have caused liability in damages by virtue of section 42 (Act no. 471/1987) of the said Act.

21. Section 17 of the Exercise of Freedom of Expression in Mass Media Act (*laki sanavapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä, lagen om yttrandefrihet i masskommunikation*; Act no. 460/2003), which came into force on 1 January 2004, provides:

“Release of identifying information for a network message

At the request of an official with the power of arrest, a public prosecutor or an injured party, a court may order the keeper of a transmitter, server or other similar device to release information required for the identification of the sender of a network message to the requester, provided that there are reasonable grounds to believe that the contents of the message are such that providing it to the public is a criminal offence. However, the release of the identifying information to the injured party may be ordered only in the event that he or she has the right to bring a private prosecution for the offence. The request shall be filed with the District Court of the domicile of the keeper of the device, or with the Helsinki District Court, within three months of the publication of the message in question. The court may reinforce the order by imposing a threat of a fine.”

III. RELEVANT INTERNATIONAL MATERIALS

A. The Council of Europe

22. The rapid development of telecommunications technologies in recent decades has led to the emergence of new types of crime and has also enabled the commission of traditional crimes by means of new technologies. The Council of Europe recognised the need to respond adequately and rapidly to this new challenge as far back as in 1989, when the Committee of Ministers adopted Recommendation No. R (89) 9 on computer-related crime. Resolved to ensure that the investigating authorities possessed appropriate special powers in investigating computer-related crimes, in 1995 the Committee of Ministers adopted Recommendation No. R (95) 13 concerning problems of criminal procedural law connected with information technology. In point 12 of the principles appended thereto, it recommended that:

“Specific obligations should be imposed on service providers who offer telecommunication services to the public, either through public or private networks, to provide information to identify the user, when so ordered by the competent investigating authority.”

23. The other principles relating to the obligation to cooperate with the investigating authorities stated:

“9. Subject to legal privileges or protection, most legal systems permit investigating authorities to order persons to hand over objects under their control that are required to serve as evidence. In a parallel fashion, provisions should be made for the power to order persons to submit any specified data under their control in a computer system in the form required by the investigating authority.

10. Subject to legal privileges or protection, investigating authorities should have the power to order persons who have data in a computer system under their control to provide all necessary information to enable access to a computer system and the data therein. Criminal procedural law should ensure that a similar order can be given to other persons who have knowledge about the functioning of the computer system or measures applied to secure the data therein.”

24. In 1996, the European Committee on Crime Problems set up a committee of experts to deal with cybercrime. It was felt that, although the previous two recommendations on substantive and procedural law had not gone unheeded, only a binding international instrument could ensure the necessary efficiency in the fight against cyberspace offences. The Convention on Cybercrime was opened for signature on 23 November 2001 and entered into force on 1 July 2004. It is the first and only international treaty on crimes committed via the Internet and is open to all States. The Convention requires countries to establish as criminal offences the following acts:

illegal access to a computer system, illegal interception of computer data, interference with data or a computer system, misuse of devices, computer-related forgery and fraud, child pornography, and the infringement of copyright and related rights. The additional protocol to the Convention on Cybercrime, adopted in 2003, further requires the criminalisation of hate speech, xenophobia and racism. The scope of the Convention's procedural provisions goes beyond the offences defined in the Convention in that it applies to any offence committed by means of a computer system:

Article 14 – Scope of procedural provisions

“1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish the powers and procedures provided for in this section for the purpose of specific criminal investigations or proceedings.

2. ... each Party shall apply the powers and procedures referred to in paragraph 1 of this Article to:

(a) the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention;

(b) other criminal offences committed by means of a computer system; and

(c) the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

3. ...”

25. The procedural powers include the following: expedited preservation of stored data, expedited preservation and partial disclosure of traffic data, production order, search and seizure of computer data, real-time collection of traffic data and interception of content data. Of particular relevance is the power to order a service provider to submit subscriber information relating to its services; indeed, the explanatory report describes the difficulty in identifying the perpetrator as being one of the major challenges in combating crime in the networked environment:

Article 18 – Production order

“1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order:

(a) a person in its territory to submit specified computer data in that person's possession or control, which is stored in a computer system or a computer-data storage medium; and

(b) a service provider offering its services in the territory of the Party to submit subscriber information relating to such services in that service provider's possession or control.

2. The powers and procedures referred to in this Article shall be subject to Articles 14 and 15.

3. For the purpose of this Article the term ‘subscriber information’ means any information contained in the form of computer data or any other form that is held by a service provider, relating to subscribers of its services, other than traffic or content data and by which can be established:

(a) the type of communication service used, the technical provisions taken thereto and the period of service;

(b) the subscriber’s identity, postal or geographic address, telephone and other access number, billing and payment information, available on the basis of the service agreement or arrangement;

(c) any other information on the site of the installation of communication equipment, available on the basis of the service agreement or arrangement.”

26. The explanatory report notes that, in the course of a criminal investigation, subscriber information may be needed mainly in two situations. Firstly, to identify which services and related technical measures have been used or are being used by a subscriber, such as the type of telephone service used, the type of other associated services used (for example, call forwarding, voicemail), or the telephone number or other technical address (for example, the e-mail address). Secondly, where a technical address is known, subscriber information is needed in order to assist in establishing the identity of the person concerned. A production order provides a less intrusive and less onerous measure which law enforcement authorities can apply instead of measures such as interception of content data and real-time collection of traffic data, which must or can be limited only to serious offences (Articles 20 and 21 of the Convention on Cybercrime).

27. A global conference, “Cooperation against Cybercrime”, held in Strasbourg on 1-2 April 2008 adopted the “Guidelines for the cooperation between law enforcement and Internet service providers against cybercrime”. The purpose of the Guidelines is to help law enforcement authorities and Internet service providers structure their interaction in relation to cybercrime issues. In order to enhance cybersecurity and minimise the use of services for illegal purposes, it was considered essential that the two parties cooperate with each other in an efficient manner. The Guidelines outline practical measures to be taken by law enforcement agencies and service providers, encouraging them to exchange information in order to strengthen their capacity to identify and combat emerging types of cybercrime. In particular, service providers are encouraged to cooperate with law enforcement agencies to help minimise the extent to which services are used for criminal activity as defined by law.

B. The United Nations

28. Out of a number of resolutions adopted in the field of cyberspace, the most pertinent for the purposes of the present case are General Assembly Resolutions 55/63 of 4 December 2000 and 56/121 of 19 December 2001 on combating the criminal misuse of information technologies. Among the measures to combat such misuse, it was recommended in Resolution 55/63 that:

“(f) legal systems should permit the preservation of and quick access to electronic data pertaining to particular criminal investigations;”

29. The subsequent Resolution took note of the value of the various measures and again invited member States to take them into account.

C. The European Union

30. On 15 March 2006 the European Parliament and the Council of the European Union adopted Directive 2006/24/EC on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks, amending the previous data-retention Directive 2002/58/EC. The aim of the Directive is to harmonise member States’ provisions concerning the obligations of communications providers with respect to the retention of certain data, in order to ensure that the data are available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each member State in its national law. It applies to traffic and location data on both legal entities and natural persons and to the related data necessary to identify the subscriber or registered user. It does not apply to the content of electronic communications. The Directive requires member States to ensure that certain categories of data are retained for a period of between six months and two years. Article 5 specifies the data to be retained:

“1. Member States shall ensure that the following categories of data are retained under this Directive:

(a) data necessary to trace and identify the source of a communication:

...

(2) concerning Internet access, Internet e-mail and Internet telephony:

...

(iii) the name and address of the subscriber or registered user to whom an Internet Protocol (IP) address, user ID or telephone number was allocated at the time of the communication;”

31. Member States had until 15 September 2007 to implement the Directive. However, sixteen States, including Finland, made use of the right to postpone their application to Internet access, Internet telephony and Internet e-mail until 15 March 2009.

IV. COMPARATIVE LAW

32. A comparative review of the national legislation of the member States of the Council of Europe shows that in most countries there is a specific obligation on the part of telecommunications service providers to submit computer data, including subscriber information, in response to a request by the investigating or judicial authorities, regardless of the nature of a crime. Some countries have only general provisions on the production of documents and other data, which could in practice be extended to cover also the obligation to submit specified computer and subscriber data. Several countries have not yet implemented the provisions of Article 18 of the Council of Europe Convention on Cybercrime.

V. THIRD-PARTY SUBMISSIONS

33. The Helsinki Foundation for Human Rights submitted that the present case raises the question of balancing the protection of privacy, honour and reputation on the one hand and the exercise of freedom of expression on the other. It took the view that the present case offers the Court an opportunity to define the State's positive obligations in this sphere and thereby to promote common standards in the use of the Internet throughout the member States.

34. It pointed out that the Internet is a very special method of communication and one of the fundamental principles of its use is anonymity. The high level of anonymity encourages free speech and expression of various ideas. On the other hand, the Internet is a powerful tool for defaming or insulting people or violating their right to privacy. Due to the anonymity of the Internet, the victim of a violation is in a vulnerable position. Contrary to traditional media, the victim cannot easily identify the defaming person due to the fact that it is possible to hide behind a pseudonym or even to use a false identity.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 8 AND 13 OF THE CONVENTION

35. The applicant complained under Article 8 of the Convention that an invasion of his private life had taken place and that no effective remedy existed to reveal the identity of the person who had put a defamatory advertisement on the Internet in his name, contrary to Article 13 of the Convention.

Article 8 provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Article 13 provides:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

A. The parties' submissions

36. The applicant submitted that Finnish legislation at the time protected the criminal, whereas the victim had no means to obtain redress or protection against a breach of privacy. Under the Penal Code the impugned act was punishable, but the Government had neglected to ensure that the Protection of Privacy and Data Security in Telecommunications Act and the Coercive Measures Act were consistent with each other. He argued that the random possibility of seeking civil damages, particularly from a third party, was not sufficient to protect his rights. He emphasised that he did not have the means to identify the person who had placed the advertisement on the Internet. While compensation might in some cases be an effective remedy, this depended on whether it was paid by the person who had infringed the victim's rights, which was not the case in his application. According to the Government, new legislation was in place which, had it existed at the time of the events, would have rendered this complaint unnecessary. In the applicant's view, the Government had not provided any justification for the failure to afford him this protection at the material time. He

considered, therefore, that there had been breaches of Articles 8 and 13 of the Convention.

37. The Government emphasised that in the present case the interference with the applicant's private life had been committed by another individual. The impugned act was considered in domestic law as an act of malicious misrepresentation and would have been punishable as such, which had a deterrent effect. An investigation had been initiated to identify the person who had placed the advertisement on the Internet, but had proved unsuccessful due to the legislation in force at the time, which aimed to protect freedom of expression and the right to anonymous expression. The legislation protected the publisher of an anonymous Internet message so extensively that the protection also covered messages that possibly interfered with another person's privacy. This side-effect of the protection was due to the fact that the concept of a message interfering with the protection of privacy was not clear cut, and therefore it had not been possible to clearly exclude such messages from the protection provided by law. There were, however, other avenues of redress available, for example the Personal Data Act, which provided protection against malicious misrepresentation in that the operator of the Internet server, on the basis of that Act's provisions on criminal liability and liability in damages, was obliged to ensure that sensitive data recorded by it were processed with the consent of the data subject. Furthermore, although the personal data offence had become time-barred, the applicant still had the possibility of seeking compensation from the publisher of the advertisement. By comparison with the *X and Y v. the Netherlands* case (26 March 1985, Series A no. 91), in the present case liability in damages in the context of a less serious offence provided a sufficient deterrent effect. In addition, there were other mechanisms available to the applicant, such as a pre-trial police investigation, prosecution, court proceedings and damages.

38. The Government submitted that it was important to look at the legislative situation at the material time in its social context, when a rapid increase in the use of the Internet was just beginning. The current legislation, the Exercise of Freedom of Expression in Mass Media Act (sections 2 and 17), which took effect on 1 January 2004, gives the police more extensive powers to break the protection of the publisher of an anonymous Internet message for the purposes of criminal investigations. The new legislation reflects the legislator's reaction to social development where increased use – and at the same time abuse – of the Internet has required a redefinition of the limits of protection. Thus, because of a changed situation in society, subsequent legislation has further strengthened the protection of private life in respect

of freedom of expression, and especially the protection of the publishers of anonymous Internet messages.

39. However, most essential in the present case was that even the legislation in force at the material time provided the applicant with means of action against the distribution of messages invading his privacy, in that the operator of the Internet server on which the message was published was obliged by law to verify that the person in question had consented to the processing of sensitive information concerning him or her on the operator's server. This obligation was bolstered by criminal liability and liability in damages. Thus, the legislation provided the applicant with sufficient protection of privacy and effective legal remedies.

B. The Court's assessment

40. The Court notes at the outset that the applicant, a minor of 12 years at the time, was the subject of an advertisement of a sexual nature on an Internet dating site. The identity of the person who had placed the advertisement could not, however, be obtained from the Internet service provider due to the legislation in place at the time.

41. There is no dispute as to the applicability of Article 8: the facts underlying the application concern a matter of "private life", a concept which covers the physical and moral integrity of the person (*see X and Y v. the Netherlands*, cited above, § 22). Although this case is seen in domestic law terms as one of malicious misrepresentation, the Court would prefer to highlight these particular aspects of the notion of private life, having regard to the potential threat to the applicant's physical and mental welfare brought about by the impugned situation and to his vulnerability in view of his young age.

42. The Court reiterates that, although the object of Article 8 is essentially to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (*see Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 32, Series A no. 32).

43. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. There are different ways of ensuring respect for private life and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue. While the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of protection against acts of individuals is, in principle, within the State's margin of appreciation, effective deterrence against grave acts, where fundamental values and

essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions (see *X and Y v. the Netherlands*, cited above, §§ 23-24 and 27; *August v. the United Kingdom* (dec.), no. 36505/02, 21 January 2003; and *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, § 150, ECHR 2003-XII).

44. The limits of the national authorities' margin of appreciation are nonetheless circumscribed by the Convention provisions. In interpreting them, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within Contracting States and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved (see *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI).

45. The Court considers that, while this case might not attain the seriousness of *X and Y v. the Netherlands*, where a breach of Article 8 arose from the lack of an effective criminal sanction for the rape of a girl with disabilities, it cannot be treated as trivial. The act was criminal, involved a minor and made him a target for approaches by paedophiles (see, also, paragraph 41 above in this connection).

46. The Government conceded that, at the time, the operator of the Internet server could not be ordered to provide information identifying the offender. They argued that protection was provided by the mere existence of the criminal offence of malicious misrepresentation and by the possibility of bringing criminal charges or an action for damages against the server operator. As to the former, the Court notes that the existence of an offence has limited deterrent effects if there is no means to identify the actual offender and to bring him to justice. Here, the Court notes that it has not excluded the possibility that the State's positive obligations under Article 8 to safeguard the individual's physical or moral integrity may extend to questions relating to the effectiveness of a criminal investigation even where the criminal liability of agents of the State is not at issue (see *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 128, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII). For the Court, States have a positive obligation inherent in Article 8 of the Convention to criminalise offences against the person, including attempted offences, and to reinforce the deterrent effect of criminalisation by applying criminal-law provisions in practice through effective investigation and prosecution (see, *mutatis mutandis*, *M.C. v. Bulgaria*, cited above, § 153). Where the physical and moral welfare of a child is threatened, such injunction assumes even greater importance. The Court notes in this connection that sexual abuse is unquestionably an abhorrent type of wrongdoing, with debilitating effects on its victims. Children and other vulnerable individuals are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, from such grave types of interference

with essential aspects of their private lives (see *Stubbings and Others v. the United Kingdom*, 22 October 1996, § 64, *Reports* 1996-IV).

47. As to the Government's argument that the applicant had the possibility to obtain damages from a third party, namely the service provider, the Court considers that it was not sufficient in the circumstances of this case. It is plain that both the public interest and the protection of the interests of victims of crimes committed against their physical or psychological well-being require the availability of a remedy enabling the actual offender to be identified and brought to justice, in the instant case the person who placed the advertisement in the applicant's name, and the victim to obtain financial reparation from him.

48. The Court accepts that, in view of the difficulties involved in policing modern societies, a positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities or, as in this case, the legislator. Another relevant consideration is the need to ensure that powers to control, prevent and investigate crime are exercised in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on criminal investigations and bringing offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 8 and 10 of the Convention, guarantees which offenders themselves can rely on. The Court is sensitive to the Government's argument that any legislative shortcoming should be seen in its social context at the time. The Court notes at the same time that the relevant incident took place in 1999, that is, at a time when it was well-known that the Internet, precisely because of its anonymous character, could be used for criminal purposes (see paragraphs 22 and 24 above). Also, the widespread problem of child sexual abuse had become well-known over the preceding decade. Therefore, it cannot be said that the respondent Government did not have the opportunity to put in place a system to protect child victims from being exposed as targets for paedophilic approaches via the Internet.

49. The Court considers that practical and effective protection of the applicant required that effective steps be taken to identify and prosecute the perpetrator, that is, the person who placed the advertisement. In the instant case, such protection was not afforded. An effective investigation could never be launched because of an overriding requirement of confidentiality. Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others.

Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context. Such framework was not, however, in place at the material time, with the result that Finland's positive obligation with respect to the applicant could not be discharged. This deficiency was later addressed. However, the mechanisms introduced by the Exercise of Freedom of Expression in Mass Media Act (see paragraph 21 above) came too late for the applicant.

50. The Court finds that there has been a violation of Article 8 of the Convention in the present case.

51. Having regard to the finding relating to Article 8, the Court considers that it is not necessary to examine whether, in this case, there has also been a violation of Article 13 of the Convention (see, among other authorities, *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, §§ 102 and 110, 27 September 2005, and *Copland v. the United Kingdom*, no. 62617/00, §§ 50-51, ECHR 2007-I).

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

52. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

53. Under the head of non-pecuniary damage, the applicant claimed 3,500 euros (EUR) for suffering.

54. The Government submitted that the award should not exceed EUR 2,500.

55. The Court finds it established that the applicant must have suffered non-pecuniary damage. It considers that sufficient just satisfaction would not be provided solely by the finding of a violation and that compensation has thus to be awarded. Deciding on an equitable basis, it awards the applicant EUR 3,000 under this head.

B. Costs and expenses

56. The applicant claimed EUR 2,500 for costs incurred during the national proceedings and the proceedings before the Court.

57. The Government questioned whether the applicant had furnished the requisite documentation.

58. The Court notes that no documentation as required by Rule 60 of the Rules of Court has been submitted. These claims must therefore be rejected.

C. Default interest

59. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* that there is no need to examine the complaint under Article 13 of the Convention;
3. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 3,000 (three thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 2 December 2008, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Lawrence Early
Registrar

Nicolas Bratza
President

K.U. c. FINLANDE
(Requête n° 2872/02)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 2 DÉCEMBRE 2008¹

1. Traduction; original anglais.

SOMMAIRE¹**Refus par un fournisseur d'accès à Internet de divulguer l'identité d'une personne recherchée pour avoir publié une annonce portant atteinte à la pudeur d'un mineur****Article 8**

Vie privée – Refus par un fournisseur d'accès à Internet de divulguer l'identité d'une personne recherchée pour avoir publié une annonce portant atteinte à la pudeur d'un mineur – Obligations positives – Protection du bien-être physique et moral des personnes vulnérables – Nécessité d'une réponse pénale et d'une prévention efficace – Limites à la liberté d'expression et à la confidentialité des télécommunications et de l'usage d'Internet – Absence de cadre législatif permettant de concilier des intérêts concurrents

*

* *

En 1999, une personne non identifiée publia à l'insu du requérant, alors âgé de douze ans, une annonce à caractère sexuel à son nom sur un site de rencontres par Internet. L'annonce mentionnait son âge et son année de naissance et le décrivait physiquement de manière détaillée, et elle indiquait qu'il recherchait une relation intime avec une personne de sexe masculin. Elle contenait également un lien vers sa page web, où figuraient sa photographie et son numéro de téléphone. Le requérant prit connaissance de cette annonce lorsqu'il reçut un courrier électronique d'un homme qui lui proposait de le rencontrer. Une plainte fut déposée à la police, mais le fournisseur d'accès refusa de divulguer l'identité de l'auteur de l'annonce, s'estimant lié par les règles de confidentialité. Par la suite, le tribunal de district rejeta une demande introduite par la police en vertu de la loi n° 449/1987 sur les enquêtes pénales dans sa version modifiée aux fins de l'obtention d'une d'ordonnance imposant au fournisseur d'accès de divulguer l'identité de l'auteur de l'annonce, au motif qu'aucune disposition légale ne permettait expressément d'obliger le fournisseur d'accès à rompre le secret professionnel et à divulguer des données permettant l'identification des utilisateurs en cas d'infractions mineures, telles que la diffamation. La cour d'appel confirma ce jugement et la Cour suprême refusa à l'appelant l'autorisation de la saisir.

Article 8: même si, en droit interne, l'affaire a été envisagée sous l'angle de la diffamation, la Cour préfère s'attacher à ses effets sur la vie privée du requérant,

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

compte tenu du risque physique et moral que la situation litigieuse pouvait comporter pour lui et de la vulnérabilité due à son jeune âge. La publication sur Internet de l'annonce le concernant était un acte de nature pénale, en conséquence duquel un mineur a été désigné comme cible pour les pédophiles. Pareil comportement appelle une réponse pénale et une prévention efficace soutenues par une enquête et des poursuites adéquates. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat face à des formes aussi graves d'ingérence dans leur vie privée. La possibilité d'obtenir une indemnisation d'un tiers, en l'espèce le fournisseur d'accès, n'était pas un recours suffisant. Ce dont il aurait fallu disposer était un recours permettant d'identifier l'auteur des faits (en l'espèce la personne qui avait passé l'annonce) et de le traduire en justice, de sorte que la victime pût obtenir de cette personne une réparation pécuniaire. Le Gouvernement ne peut arguer qu'il n'avait pas eu l'occasion de mettre en place un système visant à protéger les enfants de la pédophilie sur Internet car le problème répandu des abus sexuels sur des enfants et le risque d'utilisation d'Internet à des fins criminelles étaient bien connus au moment des faits. Même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui. Le législateur aurait donc dû prévoir un cadre permettant de concilier les différents intérêts à protéger. Un tel cadre a bien été établi ultérieurement par la loi n° 460/2003 sur l'exercice de la liberté d'expression dans les médias, mais il n'était pas en place au moment des faits. L'Etat a donc manqué à protéger le droit du requérant au respect de sa vie privée en laissant la confidentialité l'emporter sur le bien-être physique et moral de l'intéressé.

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie une somme pour dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, série A n° 32

X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A n° 91

Stubbings et autres c. Royaume-Uni, 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV

Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII

Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI

August c. Royaume-Uni (déc.), n° 36505/02, 21 janvier 2003

M.C. c. Bulgarie, n° 39272/98, CEDH 2003-XII

Sallinen et autres c. Finlande, n° 50882/99, 27 septembre 2005

Copland c. Royaume-Uni, n° 62617/00, CEDH 2007-I

En l'affaire K.U. c. Finlande,

La Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section), siégeant en une chambre composée de :

Nicolas Bratza, *président*,

Lech Garlicki,

Giovanni Bonello,

Ljiljana Mijović,

David Thór Björgvinsson,

Ján Šikuta,

Päivi Hirvelä, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 13 novembre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 2872/02) dirigée contre la République de Finlande et dont un ressortissant de cet Etat (« le requérant ») a saisi la Cour le 1^{er} janvier 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la chambre a accédé à la demande de non-divulgence de son identité formulée par le requérant (article 47 § 3 du règlement).

2. Le requérant a été représenté par M^e P. Huttunen, avocat à Helsinki. Le gouvernement finlandais (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. A. Kosonen, du ministère des Affaires étrangères.

3. Dans sa requête, le requérant alléguait en particulier que l'Etat avait manqué à son obligation positive de protéger son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention.

4. Par une décision du 27 juin 2006, la Cour a déclaré la requête recevable.

5. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires (article 59 § 1 du règlement). La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine*), les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre. Par ailleurs, des observations ont été reçues de la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme, que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. Le requérant est né en 1986.

7. Le 15 mars 1999, alors qu'il était âgé de douze ans, une ou plusieurs personnes non identifiées publièrent à son insu une annonce à son nom sur un site de rencontres par Internet. L'annonce mentionnait son âge et son année de naissance et le décrivait physiquement de manière détaillée. Elle contenait également un lien vers sa page web, où figuraient sa photographie et son numéro de téléphone, exact à un chiffre près; et elle indiquait qu'il recherchait une relation intime avec un garçon de son âge ou plus âgé que lui afin qu'il lui « montre comment on fait ».

8. Le requérant prit connaissance de cette annonce lorsqu'il reçut un courrier électronique d'un homme qui lui proposait de le rencontrer et « de voir ensuite ce qu'[il] voulait ».

9. Le père du requérant demanda à la police d'identifier l'auteur de l'annonce afin d'intenter contre lui une action en justice. Le fournisseur d'accès refusa de communiquer l'identité du détenteur de l'adresse dynamique IP (Protocole Internet) correspondante, s'estimant lié par la confidentialité des télécommunications prévue par la loi.

10. La police demanda alors au tribunal de district (*käräjäoikeus, tingsrätten*) d'Helsinki d'obliger le fournisseur d'accès à divulguer l'information en vertu de l'article 28 de la loi sur les enquêtes pénales (*esitutkintalaki, förundersökningslagen*, loi n° 449/1987 modifiée par la loi n° 692/1997).

11. Par une décision rendue le 19 janvier 2001, le tribunal de district rejeta cette demande au motif qu'aucune disposition légale ne permettait expressément d'obliger le fournisseur d'accès à rompre le secret professionnel et à divulguer des données permettant l'identification des utilisateurs de télécommunications. Le tribunal jugea que l'article 3 du chapitre 5a de la loi sur les mesures de contrainte (*pakkokeinolaki, tvångsmedelslagen*, loi n° 450/1987) et l'article 18 de la loi sur la protection de la vie privée et la sécurité des données dans les télécommunications (*laki yksityisyydensuojasta televiestinnässä ja teletoiminnan tietoturvasta, lag om integritetsskydd vid telekommunikation och dataskydd inom televerksamhet*, loi n° 565/1999) autorisaient certes la police à se faire communiquer des données permettant l'identification des utilisateurs de télécommunications pour certaines infractions, nonobstant l'obligation de confidentialité, mais que la diffamation ne faisait pas partie de ces infractions.

12. Le 14 mars 2001, la cour d'appel (*hovioikeus, hovrätten*) confirma ce jugement et, le 31 août 2001, la Cour suprême (*korkein oikeus, högsta domstolen*) refusa à l'appelant l'autorisation de la saisir.

13. La personne qui avait répondu à l'annonce de rencontre et contacté le requérant fut identifiée grâce à son adresse de messagerie électronique.

14. Il ne fut pas possible d'engager une action pénale contre le gérant du fournisseur d'accès à Internet, le procureur ayant conclu dans une décision du 2 avril 2001 à la prescription de l'infraction à la loi sur les données personnelles (*henkilötietolaki, personuppgiftslagen*, loi n° 523/1999, entrée en vigueur le 1^{er} juin 1999) censée être résultée de ce que le fournisseur d'accès avait publié sur son site une annonce diffamatoire sans vérifier l'identité de son auteur.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

15. La loi sur la Constitution finlandaise (*Suomen hallitusmuoto, Regeringsform för Finland*, loi n° 94/1919 modifiée par la loi n° 969/1995) est restée en vigueur jusqu'au 1^{er} mars 2000. L'article 8 de cette loi correspondait à l'article 10 de la Constitution finlandaise actuelle (*Suomen perustuslaki, Finlands grundlag*, loi n° 731/1999), qui dispose que le droit de chacun à la vie privée est garanti.

16. Au moment des faits, l'article 3 du chapitre 27 du code pénal (*rikoslaki, strafflagen*, loi n° 908/1974) était ainsi libellé :

« Quiconque, d'une manière autre que celle visée ci-dessus, diffame autrui par une déclaration insultante, une menace ou un autre acte dégradant, est condamné pour diffamation à une amende ou à une peine de prison d'une durée maximale de trois mois.

Si la diffamation est commise en public ou par écrit, si elle est publiée, ou si elle se trouve dans une représentation graphique diffusée par l'auteur ou dont l'auteur est à l'origine, le responsable est condamné à une amende ou à une peine de prison d'une durée maximale de quatre mois. »

17. Au moment des faits, l'article 3 du chapitre 5a de la loi sur les mesures de contrainte se lisait ainsi :

« Conditions préalables à la surveillance des télécommunications

- 1) d'une infraction passible d'une peine de prison d'au moins quatre mois ;
- 2) d'une infraction contre un système informatique utilisant un terminal, d'une infraction en matière de stupéfiants ; ou
- 3) d'une tentative répréhensible de commission de l'une des infractions visées au présent article ;

L'autorité menant l'enquête pénale peut être autorisée à surveiller une ligne de télécommunications détenue par le suspect ou présumée être utilisée par lui, ou à la désactiver temporairement, si les informations censées être obtenues par la surveillance ou la désactivation de la ligne sont susceptibles de présenter une importance majeure pour l'enquête sur l'infraction en question (...)»

18. L'article 18 § 1, alinéa 1, de la loi sur la protection de la vie privée et la sécurité des données dans les télécommunications, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999 et abrogée le 1^{er} septembre 2004, était ainsi libellé :

« Nonobstant l'obligation de confidentialité prévue à l'article 7, la police a le droit de se faire communiquer :

1) les données d'identification relatives aux transmissions vers un transcritteur donné, avec le consentement de la partie lésée et du détenteur de l'abonnement à la ligne, si ces données sont nécessaires aux fins d'une enquête sur une infraction visée à l'article 9a du chapitre 16, à l'article 13, alinéa 2, du chapitre 17, ou à l'article 3a du chapitre 24 du code pénal (loi n° 39/1889) (...) »

19. L'article 48 de la loi sur les données personnelles dispose que le fournisseur d'accès engage sa responsabilité pénale s'il ne vérifie pas l'identité de l'auteur avant de publier sur son site web une annonce diffamatoire. En vertu de l'article 47, sa responsabilité civile est également engagée.

20. Au moment des faits, le traitement et la publication sur un serveur Internet d'informations sensibles relatives à un comportement sexuel sans le consentement de la personne concernée était constitutif d'une infraction pénale en vertu de l'article 43 de la loi n° 630/1995 sur les dossiers personnels et de l'article 9 du chapitre 38 du code pénal (loi n° 578/1995), ainsi que d'une violation de l'obligation de protection des données énoncée à l'article 44 de la loi sur les dossiers personnels. En outre, elle pouvait faire naître une responsabilité civile en vertu de l'article 42 de la loi n° 471/1987 sur les dossiers personnels.

21. L'article 17 de la loi sur l'exercice de la liberté d'expression dans les médias (*laki sanavapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä, lagen om yttrandefrihet i masskommunikation*, loi n° 460/2003), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, énonce ceci :

« Communication d'informations identifiantes pour les messages sur réseau

A la demande d'un agent habilité à procéder à des arrestations, d'un procureur ou d'une partie lésée, un tribunal peut ordonner à l'exploitant d'un transmetteur, d'un serveur ou d'un autre dispositif analogue de communiquer au demandeur les informations nécessaires à l'identification de l'expéditeur d'un message sur le réseau, sous réserve qu'existent des motifs raisonnables de penser que le teneur du message est telle que le fait de le rendre public constitue une infraction pénale. Cependant, la communication à la partie lésée des informations relatives à l'identité de l'expéditeur ne peut être ordonnée que dans le cas où ladite partie a le droit d'engager des poursuites privées relativement à l'infraction en question. La demande doit être introduite devant le tribunal de district du lieu de domiciliation de l'exploitant du dispositif ou devant le tribunal de district d'Helsinki dans les trois mois suivant la publication du message. Le tribunal peut assortir l'ordonnance correspondante d'une astreinte pécuniaire. »

III. LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le Conseil de l'Europe

22. Le développement rapide des technologies des télécommunications ces dernières décennies a d'une part fait apparaître de nouvelles formes de criminalité et d'autre part permis l'émergence de nouveaux modes de commission d'infractions déjà connues. Le Conseil de l'Europe a reconnu l'importance d'une réponse adéquate et rapide à ce nouveau défi dès 1989, année où le Comité des Ministres a adopté la Recommandation n° R (89) 9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur. Résolu à faire en sorte que les autorités d'enquête soient investies des pouvoirs spéciaux appropriés aux fins des investigations sur les infractions en relation avec l'ordinateur, le Comité des Ministres a adopté en 1995 la Recommandation n° R (95) 13 relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information. Au point 12 des principes figurant en annexe de cette recommandation, il a estimé que :

« Des obligations spécifiques devraient être établies pour les fournisseurs de services qui offrent des services de télécommunication au public via des réseaux de communication publics ou privés, de délivrer l'information nécessaire, lorsque les autorités compétentes chargées de l'enquête l'ordonnent, pour identifier l'utilisateur. »

23. Les autres principes relatifs à l'obligation de coopérer avec les autorités d'enquête sont les suivants :

« 9. Sous la réserve des protections ou privilèges prévus par la loi, la plupart des législations permettent aux autorités chargées de l'enquête d'ordonner à des personnes de remettre des objets qui sont sous leur contrôle et qui sont requis pour servir de preuve. Le droit de procédure pénale devrait, de la même manière, accorder le pouvoir d'ordonner à des personnes de leur présenter toute donnée spécifique qui se trouve sous leur contrôle, dans un système informatique, dans la forme requise par les autorités chargées de l'enquête.

10. Sous la réserve des protections ou privilèges prévus par la loi, les autorités chargées de l'enquête devraient avoir le pouvoir d'ordonner aux personnes qui ont des données spécifiques sous leur contrôle de fournir toutes les informations nécessaires pour permettre l'accès au système informatique et aux données qu'il renferme. Le droit de procédure pénale devrait assurer que les autorités chargées de l'enquête puissent donner une instruction similaire à d'autres personnes ayant une connaissance du fonctionnement du système informatique ou de toute mesure employée pour préserver les données y contenues. »

24. En 1996, le Comité européen pour les problèmes criminels a créé un comité d'experts chargés de la cybercriminalité. L'idée était que, bien que les deux précédentes recommandations sur les dispositions matérielles et procédurales ne fussent pas restées vaines, seul un instrument international

contraignant pourrait garantir l'efficacité nécessaire en matière de lutte contre les infractions commises dans le cyberspace. La Convention sur la cybercriminalité a été ouverte à la signature le 23 novembre 2001. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004. Ouverte à tous les Etats, elle constitue le premier et le seul traité international sur les infractions commises via Internet. Elle impose d'incriminer les agissements suivants: accès illégal à un système informatique, interception illégale de données informatiques, atteinte à l'intégrité des données ou du système, abus de dispositifs, falsification et fraude informatiques, pornographie enfantine, atteinte à la propriété intellectuelle et aux droits connexes. Le protocole additionnel à cette convention, adopté en 2003, impose en outre l'incrimination des discours haineux, de la xénophobie et du racisme. Les dispositions procédurales de cette convention ont une portée qui dépasse les infractions définies dans le texte, puisqu'elles s'appliquent à toute infraction commise au moyen d'un ordinateur :

Article 14

Portée d'application des mesures du droit de procédure

« 1. Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour instaurer les pouvoirs et procédures prévus dans la présente section aux fins d'enquêtes ou de procédures pénales spécifiques.

2. (...) chaque Partie applique les pouvoirs et procédures mentionnés dans le paragraphe 1 du présent article :

a) aux infractions pénales établies conformément aux articles 2 à 11 de la présente Convention ;

b) à toutes les autres infractions pénales commises au moyen d'un système informatique ; et

c) à la collecte des preuves électroniques de toute infraction pénale.

(...)»

25. Les mesures procédurales qu'il est possible de prendre sont les suivantes: conservation rapide de données informatiques stockées, conservation et divulgation partielle rapides de données relatives au trafic, injonction de produire, perquisition et saisie de données informatiques stockées, collecte en temps réel des données relatives au trafic et interception de données relatives au contenu. Une procédure particulièrement pertinente dans le cadre de la présente affaire est celle par laquelle il est possible d'ordonner à un fournisseur d'accès de communiquer les données relatives aux abonnés à ses services. De fait, le rapport explicatif décrit la difficulté d'identifier l'auteur comme l'un des problèmes les plus difficiles que pose la lutte contre la criminalité dans l'univers des réseaux :

Article 18 – Injonction de produire

« 1. Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour habilitier ses autorités compétentes à ordonner :

a) à une personne présente sur son territoire de communiquer les données informatiques spécifiées, en sa possession ou sous son contrôle, qui sont stockées dans un système informatique ou un support de stockage informatique; et

b) à un fournisseur de services offrant des prestations sur le territoire de la Partie, de communiquer les données en sa possession ou sous son contrôle relatives aux abonnés et concernant de tels services.

2. Les pouvoirs et procédures mentionnés dans le présent article doivent être soumis aux articles 14 et 15.

3. Aux fins du présent article, l'expression « données relatives aux abonnés » désigne toute information, sous forme de données informatiques ou sous toute autre forme, détenue par un fournisseur de services et se rapportant aux abonnés de ses services, autres que des données relatives au trafic ou au contenu, et permettant d'établir :

a) le type de service de communication utilisé, les dispositions techniques prises à cet égard et la période de service;

b) l'identité, l'adresse postale ou géographique et le numéro de téléphone de l'abonné, et tout autre numéro d'accès, les données concernant la facturation et le paiement, disponibles sur la base d'un contrat ou d'un arrangement de services;

c) toute autre information relative à l'endroit où se trouvent les équipements de communication, disponible sur la base d'un contrat ou d'un arrangement de services. »

26. Le rapport explicatif indique que, dans le cadre d'une enquête pénale, les informations relatives aux abonnés peuvent être nécessaires principalement dans deux situations. Premièrement, pour déterminer les services et mesures techniques connexes qui ont été ou sont utilisés par un abonné, tels que le type de service téléphonique, le type de services connexes (renvoi automatique d'appel, messagerie téléphonique), le numéro de téléphone ou toute autre adresse technique (comme une adresse électronique). Deuxièmement, lorsqu'une adresse technique est connue, les informations relatives aux abonnés sont requises pour aider à établir l'identité de l'intéressé. Une injonction de produire constitue une mesure moins contraignante et moins onéreuse que les services répressifs peuvent mettre en œuvre à la place d'autres mesures telles que l'interception de données relatives au contenu et la collecte en temps réel des données relatives au trafic, qui doivent ou peuvent être limitées exclusivement aux infractions graves (articles 20 et 21).

27. Une conférence internationale sur la coopération contre la cybercriminalité réunie à Strasbourg les 1^{er} et 2 avril 2008 a adopté des Lignes directrices pour la coopération entre organes de répression et

fournisseurs de services Internet contre la cybercriminalité. L'objectif de ces lignes directrices est d'aider les forces de l'ordre et les fournisseurs d'accès à Internet à structurer leurs interactions en lien avec les questions de cybercriminalité. Afin d'optimiser la cybersécurité et de réduire l'utilisation des services à des fins illicites, on a considéré qu'il était fondamental que les deux parties coopèrent efficacement. Les lignes directrices exposent les mesures pratiques que devraient prendre les forces de l'ordre et les fournisseurs d'accès, et engagent les premières et les seconds à échanger des informations afin de renforcer leur capacité à identifier et à combattre les nouvelles formes de cybercriminalité. En particulier, elles invitent les fournisseurs d'accès à coopérer avec les forces de l'ordre afin de contribuer à la réduction de l'utilisation des services pour des activités criminelles telles que les définit le droit.

B. L'Organisation des Nations unies

28. Les Nations unies ont adopté un certain nombre de résolutions relativement au cyberespace. Les plus pertinentes aux fins de la présente affaire sont les Résolutions 55/63 et 56/121 sur la lutte contre l'exploitation des technologies de l'information à des fins criminelles adoptées par l'Assemblée générale, en date respectivement du 4 décembre 2000 et du 19 décembre 2001. Parmi les mesures à appliquer à cette fin, on trouve dans la résolution 55/63 la recommandation suivante :

«1. (...)

f) Les systèmes juridiques devraient permettre de préserver les données électroniques concernant une enquête pénale particulière et d'y avoir accès rapidement ;

(...)»

29. Dans la résolution suivante, l'Assemblée générale a pris note de la valeur de ces mesures et invité à nouveau les Etats membres à en tenir compte.

C. L'Union européenne

30. Le 15 mars 2006, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté la Directive 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE relative à la conservation des données. Cette directive a pour objectif d'harmoniser les dispositions des Etats membres relatives aux obligations des fournisseurs de services de communications en matière de conservation de certaines données, en vue de garantir la disponibilité de ces données à des fins de

recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves telles qu'elles sont définies par chaque Etat membre dans son droit interne. Elle s'applique aux données relatives au trafic et aux données de localisation concernant tant les entités juridiques que les personnes physiques, ainsi qu'aux données connexes nécessaires pour identifier l'abonné ou l'utilisateur enregistré. Elle ne s'applique pas au contenu des communications électroniques. Elle impose aux Etats membres de veiller à ce que certaines catégories de données soient conservées pendant une période de six mois à deux ans. L'article 5 précise les données à conserver :

« 1. Les Etats membres veillent à ce que soient conservées en application de la présente directive les catégories de données suivantes :

a) les données nécessaires pour retrouver et identifier la source d'une communication :

(...)

2) en ce qui concerne l'accès à Internet, le courrier électronique par Internet et la téléphonie par Internet :

(...);

iii) les nom et adresse de l'abonné ou de l'utilisateur inscrit à qui une adresse IP (Protocole Internet), un numéro d'identifiant ou un numéro de téléphone a été attribué au moment de la communication ;

(...))»

31. Les Etats membres avaient jusqu'au 15 septembre 2007 pour mettre en œuvre cette directive. Seize Etats, dont la Finlande, ont toutefois utilisé leur droit de différer jusqu'au 15 mars 2009 son application à l'accès à Internet, à la téléphonie par Internet et au courrier électronique par Internet.

IV. LE DROIT COMPARÉ

32. Une étude comparée de la législation nationale des différents Etats membres du Conseil de l'Europe montre que, dans la plupart d'entre eux, il pèse sur les fournisseurs de services de télécommunications une obligation spécifique de communication des données informatiques, y compris celles relatives à l'abonné, à la demande des autorités d'enquête ou des autorités judiciaires, quelle que soit la nature de l'infraction. Certains pays ont simplement des dispositions générales relatives à la production de documents et d'autres données, qui pourraient en pratique recouvrir également l'obligation de communiquer certaines données informatiques ou relatives aux abonnés. Plusieurs pays n'ont pas encore mis en œuvre les dispositions de l'article 18 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.

V. LES OBSERVATIONS DE LA PARTIE INTERVENANTE

33. La Fondation Helsinki pour les droits de l'homme estime que la présente affaire pose la question de l'équilibre entre la protection de la vie privée, de l'honneur et de la réputation et l'exercice de la liberté d'expression. Elle est d'avis que c'est là pour la Cour l'occasion de définir les obligations positives de l'Etat dans ce domaine, et ainsi de favoriser l'émergence de normes communes en matière d'utilisation d'Internet dans tous les Etats membres.

34. Elle souligne qu'Internet est un mode de communication très particulier, dont l'un des principes fondamentaux est l'anonymat. Le caractère quasi absolu de cet anonymat favoriserait la liberté de parole et l'expression d'idées différentes. D'un autre côté, il placerait les victimes potentielles dans une position vulnérable face à ceux qui souhaiteraient les insulter, les diffamer ou violer leur droit à la vie privée, agresseurs pour lesquels il constituerait un outil puissant. A la différence des moyens de communication classiques, Internet ne permettrait pas d'identifier facilement l'auteur d'une diffamation, celui-ci pouvant se cacher derrière un pseudonyme ou même utiliser une fausse identité.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8 ET 13 DE LA CONVENTION

35. Invoquant les articles 8 et 13 de la Convention, le requérant dénonce une atteinte à sa vie privée et se plaint de ne pas avoir eu de recours effectif permettant de découvrir l'identité de la personne qui avait publié sur Internet, en son nom, un texte diffamatoire.

L'article 8 est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'article 13 énonce ceci :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

A. Thèses des parties

36. Le requérant soutient que la législation finlandaise de l'époque protégeait le criminel tandis que la victime n'avait aucun moyen de se protéger contre des atteintes à sa vie privée ou d'obtenir réparation en cas de telles atteintes. L'acte litigieux aurait de fait été pénalement répréhensible, mais le Gouvernement aurait négligé de veiller à la cohérence des dispositions respectives de la loi n° 565/1999 sur la protection de la vie privée et la sécurité des données dans les télécommunications et de la loi n° 450/1987 sur les mesures de contrainte. La possibilité aléatoire de demander des dommages-intérêts, en particulier à un tiers, ne suffirait pas à protéger les droits de la victime. A cet égard, le requérant souligne qu'il n'a pas eu la possibilité d'identifier la personne qui avait publié l'annonce sur Internet. Il estime que si l'indemnisation peut dans certains cas constituer un recours effectif, encore faut-il qu'elle soit versée par l'auteur de l'atteinte aux droits de la victime. Or tel n'aurait pas été le cas en l'espèce. A l'argument du Gouvernement selon lequel de nouveaux textes de loi ont été adoptés qui, s'ils avaient existé au moment des faits, auraient rendu ce recours inutile, le requérant répond que le Gouvernement était censé lui accorder la protection voulue au moment des faits et qu'il a manqué à cette obligation. Il estime ainsi avoir été victime de violations des articles 8 et 13 de la Convention.

37. Le Gouvernement souligne qu'en l'espèce l'atteinte à la vie privée du requérant a été commise par un tiers. Il indique que l'acte litigieux était considéré en droit interne comme un acte diffamatoire et, à ce titre, passible de sanctions, dont il estime qu'elles avaient un effet dissuasif. Une enquête aurait été ouverte pour identifier l'auteur de l'annonce publiée sur Internet, et son échec serait dû à la législation alors en vigueur, qui visait à protéger la liberté d'expression et le droit à l'anonymat de l'expression. La protection accordée par cette législation aux personnes publiant anonymement des messages sur Internet aurait également profité aux auteurs de messages susceptibles de porter atteinte à la vie privée de tiers. Cet effet connexe de la protection en cause aurait été dû au fait que la notion de message portant atteinte à la protection de la vie privée n'était alors pas clairement définie, et qu'il n'était donc pas possible d'exclure avec précision de tels messages de la protection de la loi. Il y aurait cependant eu d'autres possibilités d'obtenir réparation, par exemple en vertu de la loi n° 523/1999 sur les données personnelles, qui aurait apporté une protection contre la diffamation en obligeant l'exploitant du serveur, par des dispositions engageant sa responsabilité civile et pénale, à garantir que les données sensibles enregistrées par lui ne soient traitées qu'avec le consentement de la personne concernée. Le Gouvernement ajoute que, même si les infractions en matière de données personnelles étaient déjà prescrites, le requérant avait toujours la possibilité de se faire indemniser par la personne qui avait publié l'annonce. Comparant la présente espèce

avec l'affaire *X et Y c. Pays-Bas* (26 mars 1985, série A n° 91), il estime qu'en l'occurrence, où l'infraction considérée était moins grave, la responsabilité civile offrait un effet dissuasif suffisant. De plus, le requérant aurait eu à sa disposition d'autres mécanismes, tels que l'enquête de police préliminaire, les poursuites pénales, et la demande de dommages-intérêts, au besoin par la voie judiciaire.

38. Selon le Gouvernement, il importe de replacer la situation législative au moment des faits dans son contexte social, à savoir une augmentation rapide et récente de l'utilisation d'Internet. La législation actuelle, c'est-à-dire la loi n° 460/2003 sur l'exercice de la liberté d'expression dans les médias (articles 2 et 17), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, donnerait à la police des pouvoirs plus larges pour lever, aux fins d'une enquête pénale, la protection des personnes ayant publié anonymement un message sur Internet. Le nouveau texte serait né de la réaction du législateur face à l'évolution de la société, dans laquelle le développement de l'utilisation – et, dans le même temps, des abus – d'Internet aurait appelé une redéfinition des limites de cette protection. Ainsi, la société ayant changé, le législateur aurait renforcé la protection de la vie privée par rapport à celle de la liberté d'expression, et en particulier celle des personnes publiant anonymement des messages sur Internet.

39. Cela étant, le point essentiel en l'espèce serait que même la législation en vigueur au moment des faits offrait au requérant des moyens de se défendre contre la diffusion de messages portant atteinte à sa vie privée, puisque l'exploitant du serveur Internet sur lequel le message avait été publié était légalement tenu de vérifier que la personne concernée avait consenti au traitement sur le serveur d'informations sensibles la concernant. Cette obligation aurait été renforcée par une responsabilité pénale et civile en cas de manquement. Ainsi, les textes en vigueur auraient offert au requérant une protection de sa vie privée suffisante et des recours effectifs.

B. Appréciation de la Cour

40. La Cour note d'emblée que le requérant, qui était à l'époque un mineur de douze ans, a fait l'objet d'une annonce à caractère sexuel sur un site de rencontres par Internet. Or la législation alors en vigueur n'a pas permis d'obtenir du fournisseur d'accès à Internet l'identité de la personne qui avait passé l'annonce.

41. La présente affaire relève sans conteste de l'article 8 de la Convention : les faits à l'origine de la requête concernent une question de « vie privée », notion qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, § 22). Même si, en droit interne, l'affaire a été envisagée

sous l'angle de la diffamation, la Cour préfère s'attacher à ces aspects particuliers de la notion de vie privée, compte tenu du risque physique et moral que la situation litigieuse pouvait comporter pour le requérant et de la vulnérabilité due à son jeune âge.

42. La Cour rappelle que, si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 32, série A n° 32).

43. Ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux. Il existe différentes manières d'assurer le respect de la vie privée et la nature de l'obligation de l'Etat dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause. Si le choix des moyens d'assurer le respect de l'article 8 dans le domaine de la protection contre les actes d'individus relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat, une dissuasion effective contre des actes graves mettant en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée appelle des dispositions pénales efficaces (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, §§ 23, 24 et 27, *August c. Royaume-Uni* (déc.), n° 36505/02, 21 janvier 2003, et *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 150, CEDH 2003-XII).

44. Les limites de la marge d'appréciation des autorités nationales sont néanmoins tracées par les dispositions de la Convention. Celle-ci étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit, lorsqu'elle interprète ses dispositions, tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI).

45. En l'espèce, la Cour considère que, même si l'affaire n'atteint pas le degré de gravité de *X et Y c. Pays-Bas*, où la violation de l'article 8 était née de ce que le viol d'une jeune fille handicapée n'avait entraîné aucune sanction pénale effective, elle ne doit pas être sous-estimée. L'acte litigieux était de nature pénale, et il concernait un mineur, désigné comme cible pour les pédophiles (voir également, à cet égard, le paragraphe 41 ci-dessus).

46. Le Gouvernement reconnaît qu'à l'époque on ne pouvait ordonner à l'exploitant du serveur de communiquer les informations propres à permettre d'identifier l'auteur des actes. Il soutient que la victime était protégée par le simple fait qu'il existait dans le droit pénal une incrimination pour l'acte litigieux et qu'il était possible d'intenter une action pénale ou une action en réparation contre l'exploitant du serveur. Sur le premier

point, la Cour observe que l'existence d'une incrimination ne peut produire qu'un effet dissuasif limité s'il n'est pas possible d'identifier l'auteur des actes incriminés et de le traduire en justice. Elle note qu'elle n'a pas exclu dans sa jurisprudence que les obligations positives de sauvegarde de l'intégrité physique et morale de l'individu incombant à l'Etat en vertu de l'article 8 puissent s'étendre aux questions relatives à l'effectivité d'une enquête pénale, même lorsque la responsabilité pénale des agents de l'Etat n'est pas en cause (*Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 128, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII). Elle estime que les Etats ont l'obligation positive, inhérente à l'article 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement les infractions contre la personne, y compris les tentatives, et de renforcer l'effet dissuasif de l'incrimination en les appliquant en pratique à travers une enquête et des poursuites effectives (voir, *mutatis mutandis*, *M.C. c. Bulgarie*, précité, § 153). Lorsque le bien-être physique et moral d'un enfant est menacé, cette obligation revêt une importance plus grande encore. La Cour rappelle à cet égard que les abus sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'Etat, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée (*Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1996, § 64, *Recueil* 1996-IV).

47. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel le requérant avait la possibilité d'obtenir une indemnisation d'un tiers, à savoir le fournisseur d'accès, la Cour considère que cet élément n'était pas suffisant dans les circonstances de l'espèce. Il est évident que tant l'intérêt public que la protection des intérêts des victimes d'infractions commises contre leur bien-être physique ou psychologique commandent que soit disponible un recours permettant d'identifier l'auteur des faits (en l'espèce la personne qui a passé l'annonce au nom du requérant) et de le traduire en justice, de sorte que la victime puisse obtenir une réparation pécuniaire de cette personne.

48. La Cour admet que compte tenu des difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, il faut interpréter les obligations positives de manière à ne pas imposer aux autorités ou, ici, au législateur un fardeau insupportable ou excessif. Une autre considération pertinente est la nécessité de s'assurer que le pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité et d'enquêter à cette fin soit exercé d'une manière qui respecte pleinement les voies légales et autres garanties qui limitent légitimement l'étendue des actes d'investigation criminelle et de traduction des délinquants en justice, y compris les garanties figurant aux articles 8

et 10 de la Convention, garanties sur lesquelles les auteurs d'infractions peuvent eux-mêmes compter. La Cour est sensible à l'argument du Gouvernement selon lequel tout défaut du cadre législatif doit être replacé dans le contexte social de son époque. Elle note cependant que les faits datent de 1999, c'est-à-dire d'un moment où il était bien connu qu'Internet, précisément en raison de son caractère anonyme, pouvait être utilisé à des fins criminelles (paragraphe 22 et 24 ci-dessus). De plus, la connaissance du problème répandu des abus sexuels sur des enfants s'était largement développée au cours des dix années précédentes. On ne saurait donc dire que le gouvernement défendeur n'avait pas eu l'occasion de mettre en place un système de protection des enfants face aux pédophiles sur Internet.

49. La Cour considère qu'une protection pratique et effective du requérant impliquait l'adoption de mesures efficaces pour identifier et poursuivre l'auteur, c'est-à-dire la personne qui avait passé l'annonce. Or pareilles mesures n'ont pas été prises. La prépondérance ayant été accordée à l'exigence de confidentialité, il n'a jamais été possible de procéder à une enquête efficace. Même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui. Sans préjudice de la question de savoir si, compte tenu de sa nature répréhensible, la conduite de la personne ayant passé l'annonce illégale sur Internet relève ou non de la protection des articles 8 et 10, le législateur aurait dû en tout cas prévoir un cadre permettant de concilier les différents intérêts à protéger dans ce contexte. Un tel cadre n'était pas en place au moment des faits, de sorte que la Finlande n'a pu s'acquitter de son obligation positive à l'égard du requérant. S'il a été remédié à cette lacune ultérieurement, les mécanismes mis en place par la loi sur l'exercice de la liberté d'expression dans les médias (paragraphe 21 ci-dessus) sont arrivés trop tard pour le requérant.

50. La Cour conclut donc qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention en l'espèce.

51. Eu égard à sa conclusion sur le terrain de l'article 8, la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief sous l'angle de l'article 13 (voir, notamment, *Sallinen et autres c. Finlande*, n° 50882/99, §§ 102 et 110, 27 septembre 2005, et *Copland c. Royaume-Uni*, n° 62617/00, §§ 50-51, CEDH 2007-I).

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

52. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

53. Le requérant demande 3 500 euros (EUR) pour le préjudice moral qu'il estime avoir subi.

54. Le Gouvernement estime que la somme éventuellement octroyée ne devrait pas dépasser 2 500 EUR.

55. La Cour juge établi que le requérant a subi un dommage moral. Elle considère que le seul constat d'une violation ne suffirait pas à apporter une satisfaction équitable à cet égard, et que l'octroi d'une indemnisation est donc nécessaire. Statuant en équité, elle alloue au requérant la somme de 3 000 EUR à ce titre.

B. Frais et dépens

56. Le requérant demande 2 500 EUR au titre des frais et dépens qu'il dit avoir engagés devant les juridictions nationales et devant la Cour.

57. Le Gouvernement pose la question de savoir si l'intéressé a communiqué les justificatifs nécessaires.

58. La Cour constate que le requérant ne lui a communiqué aucun justificatif au sens de l'article 60 du règlement. Cette demande doit donc être rejetée.

C. Intérêts moratoires

59. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré de l'article 13 de la Convention ;
3. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif en vertu de l'article 44 § 2

de la Convention, 3 000 EUR (trois mille euros) pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme à titre d'impôt;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 2 décembre 2008, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Lawrence Early
Greffier

Nicolas Bratza
Président

S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM
(Applications nos. 30562/04 and 30566/04)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 4 DECEMBER 2008¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.

SUMMARY¹**Retention of the applicants' fingerprints and DNA data after the criminal proceedings against them had ended with an acquittal or had been discontinued****Article 8**

Private life – Retention of the applicants' fingerprints and DNA data after the criminal proceedings against them had ended with an acquittal or had been discontinued – Personal data – Interference – In accordance with the law – Quality of law – Prevention of crime – Necessary in a democratic society – Blanket and indiscriminate nature of power of retention – Absence of time-limit on retention – No independent review of justification for retention – Risk of stigmatisation – Especially harmful to minors – Proportionality

*

* *

Under section 64 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), fingerprints and DNA samples taken from a person suspected of a criminal offence may be retained without limit of time, even if the subsequent criminal proceedings end in that person's acquittal or discharge. In the case before the Court, both applicants had been charged with criminal offences but had not been convicted. The first applicant, an 11-year-old minor, had been acquitted of attempted robbery while in a separate case proceedings against the second applicant for the alleged harassment of his partner had been formally discontinued after the couple had reconciled. In view of the fact that they had not been convicted, the applicants asked for their fingerprints and cellular samples to be destroyed, but in both cases the police refused. Their applications for judicial review of that refusal were rejected in a decision that was upheld on appeal.

Held

Article 8: Given the nature and the amount of personal information contained in cellular samples, including a unique genetic code of great relevance to both the individual concerned and his or her relatives, and the capacity of DNA profiles to provide a means of identifying genetic relationships between individuals or of drawing inferences about their ethnic origin, the retention of both cellular samples and DNA profiles in itself amounted to interference with the applicants' right to respect for their private lives. While the retention of fingerprints had less of an

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

impact on private life than the retention of cellular samples and DNA profiles, the unique information fingerprints contained about the individual concerned and their retention without his or her consent could not be regarded as neutral or insignificant and also constituted an interference with the right to respect for private life. Although, in view of its conclusions as to whether the interference was necessary in a democratic society, the Court did not find it necessary to decide whether the wording of section 64 of PACE met the “quality of law” requirements, it nevertheless noted that that provision was far from precise as to the conditions attached to and arrangements for the storing and use of the information contained in the samples and profiles and that it was essential to have clear, detailed rules governing the scope and application of such measures, as well as minimum safeguards. It was accepted that the retention of the information pursued the legitimate purpose of the prevention of crime by assisting in the identification of future offenders.

As to whether the interference had been necessary in a democratic society, the question before the Court was not whether the retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles could, in general, be regarded as justified under the Convention but whether their retention in the cases of the applicants, as persons who had been suspected, but not convicted, of certain criminal offences, was so justified. The core principles of the relevant instruments of the Council of Europe and the law and practice of the other Contracting States required retention of data to be proportionate in relation to the purpose of collection and limited in time, particularly in the police sector. The protection afforded by Article 8 would be unacceptably weakened if the use of modern scientific techniques in the criminal-justice system were allowed at any cost and without carefully balancing their potential benefits against important private-life interests. Any State claiming a pioneering role in the development of new technologies bore special responsibility for striking the right balance. In that respect, the Court was struck by the blanket and indiscriminate nature of the power of retention in England and Wales, which allowed data to be retained irrespective of the nature or gravity of the offence or of the age of the suspect. Likewise, retention was not limited in time and there existed only limited possibilities for an acquitted individual to have the data removed from the national database or to have the materials destroyed. Nor was there any provision for independent review of the justification for the retention according to defined criteria. The risk of stigmatisation was of particular concern, stemming from the fact that persons who had not been convicted of any offence and were entitled to the presumption of innocence were treated in the same way as convicted persons. Retention could be especially harmful in the case of minors such as the first applicant, given their special situation and the importance of their development and integration in society. In conclusion, the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention, as applied in the applicants’ case, had failed to strike a fair balance between the competing public and private interests, and the respondent

State had overstepped any acceptable margin of appreciation in that regard. Accordingly, the retention constituted disproportionate interference with the applicants' right to respect for private life and could not be regarded as necessary in a democratic society.

Conclusion: violation (unanimously).

Articles 41 and 46: The finding of a violation constituted sufficient just satisfaction in respect of non-pecuniary damage. It was for the respondent State to implement, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures. The Court made an award for costs and expenses.

Case-law cited by the Court

- McVeigh and Others v. the United Kingdom*, nos. 8022/77, 8025/77 and 8027/77, Commission's report of 18 March 1981, *Decisions and Reports* 25
- Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, Series A no. 82
- Leander v. Sweden*, 26 March 1987, Series A no. 116
- Kruslin v. France*, 24 April 1990, Series A no. 176-A
- Burghartz v. Switzerland*, 22 February 1994, Series A no. 280-B
- Burghartz v. Switzerland*, 22 February 1994, opinion of the Commission, Series A no. 280-B
- Friedl v. Austria*, 31 January 1995, opinion of the Commission, Series A no. 305-B
- Kinnunen v. Finland*, no. 24950/94, Commission decision of 15 May 1996, unreported
- Z v. Finland*, 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I
- T. v. the United Kingdom* [GC], no. 24724/94, 16 December 1999
- Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, ECHR 2000-II
- Rushiti v. Austria*, no. 28389/95, 21 March 2000
- Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V
- Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI
- Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94, 18 January 2001
- Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, ECHR 2001-I
- P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, ECHR 2001-IX
- Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, ECHR 2002-I
- Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III
- Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, ECHR 2003-I
- Y.F. v. Turkey*, no. 24209/94, ECHR 2003-IX
- Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, 27 May 2004
- Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, ECHR 2004-X
- Sciacca v. Italy*, no. 50774/99, ECHR 2005-I
- Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI
- Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV
- Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I
- Association for European Integration and Human Rights and Ekimdjiev v. Bulgaria*,

no. 62540/00, 28 June 2007

Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V
Liberty and Others v. the United Kingdom, no. 58243/00, 1 July 2008

In the case of S. and Marper v. the United Kingdom,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Jean-Paul Costa, *President*,
Christos Rozakis,
Nicolas Bratza,
Peer Lorenzen,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Giovanni Bonello,
Corneliu Bîrsan,
Nina Vajić,
Anatoly Kovler,
Stanislav Pavlovski,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Mark Villiger,
Päivi Hirvelä,
Ledi Bianku, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 27 February and 12 November 2008,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 30562/04 and 30566/04) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two British nationals, Mr S. (“the first applicant”) and Mr Michael Marper (“the second applicant”), on 16 August 2004. The President of the Grand Chamber acceded to the first applicant’s request not to have his name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicants, who were granted legal aid, were represented by Mr P. Mahy of Messrs Howells, a solicitor practising in Sheffield. The United Kingdom Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr J. Grainger, Foreign and Commonwealth Office.

3. The applicants complained under Articles 8 and 14 of the Convention that the authorities had continued to retain their fingerprints and cellular samples and DNA profiles after the criminal proceedings against them had ended with an acquittal or had been discontinued.

4. The applications were allocated to the Fourth Section of the Court (Rule 52 § 1). On 16 January 2007 they were declared admissible by a Chamber of that Section composed of Josep Casadevall, President, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Stanislav Pavlovski, Ján Šikuta, Päivi Hirvelä, judges, and Lawrence Early, Section Registrar.

5. On 10 July 2007 the Chamber relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither party having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

7. The applicants and the Government each filed memorials on the merits. In addition, third-party submissions were received from Ms A. Fairclough on behalf of the National Council for Civil Liberties (“Liberty”) and from Covington and Burling LLP on behalf of Privacy International, who had been granted leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2). Both parties replied to Liberty’s submissions, and the Government also replied to the comments by Privacy International (Rule 44 § 5).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 February 2008 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs E. Willmott,	<i>Agent,</i>
Mr Rabinder Singh QC,	
Mr J. Strachan,	<i>Counsel,</i>
Mr N. Fussell,	
Ms P. McFarlane,	
Mr M. Prior,	
Mr S. Bramble,	
Ms E. Rees,	
Mr S. Sen,	<i>Advisers,</i>
Mr D. Gourley,	
Mr D. Loveday,	<i>Observers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr S. Cragg,

Mr A. Suterwalla,

Mr P. Mahy,

*Counsel,
Solicitor.*

The Court heard addresses by Mr Cragg and Mr Rabinder Singh QC, as well as their answers to questions put by the Court.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicants were born in 1989 and 1963 respectively and live in Sheffield.

10. The first applicant, Mr S., was arrested on 19 January 2001 at the age of 11 and charged with attempted robbery. His fingerprints and DNA samples¹ were taken. He was acquitted on 14 June 2001.

11. The second applicant, Mr Michael Marper, was arrested on 13 March 2001 and charged with harassment of his partner. His fingerprints and DNA samples were taken. Before a pre-trial review took place, he and his partner had reconciled, and the charge was not pressed. On 11 June 2001, the Crown Prosecution Service served a notice of discontinuance on the applicant's solicitors, and on 14 June 2001 the case was formally discontinued.

12. Both applicants asked for their fingerprints and DNA samples to be destroyed, but in both cases the police refused. The applicants applied for judicial review of the police decisions not to destroy the fingerprints and samples. On 22 March 2002 the Administrative Court (Rose LJ and Leveson J) rejected the application [[2002] EWHC 478 (Admin)].

13. On 12 September 2002 the Court of Appeal upheld the decision of the Administrative Court by a majority of two (Lord Woolf CJ and Waller LJ) to one (Sedley LJ) [[2003] EWCA Civ 1275]. As regards the necessity of retaining DNA samples, Lord Justice Waller stated:

“... [F]ingerprints and DNA *profiles* reveal only limited personal information. The physical samples potentially contain very much greater and more personal and detailed

1. DNA stands for deoxyribonucleic acid; it is the chemical found in virtually every cell in the body and the genetic information therein, which is in the form of a code or language, determines physical characteristics and directs all the chemical processes in the body. Except for identical twins, each person's DNA is unique. DNA samples are cellular samples and any subsamples or part samples retained from these after analysis. DNA profiles are digitised information which is stored electronically on the National DNA Database together with details of the person to whom it relates.

information. The anxiety is that science may one day enable analysis of samples to go so far as to obtain information in relation to an individual's propensity to commit certain crime and be used for that purpose within the language of the present section [section 82 of the Criminal Justice and Police Act 2001]. It might also be said that the law might be changed in order to allow the samples to be used for purposes other than those identified by the section. It might also be said that while samples are retained there is even now a risk that they will be used in a way that the law does not allow. So, it is said, the aims could be achieved in a less restrictive manner ... Why cannot the aim be achieved by retention of the profiles without retention of the samples?

The answer to [these] points is as I see it as follows. First the retention of samples permits (a) the checking of the integrity and future utility of the DNA database system; (b) a reanalysis for the upgrading of DNA profiles where new technology can improve the discriminating power of the DNA matching process; (c) reanalysis and thus an ability to extract other DNA markers and thus offer benefits in terms of speed, sensitivity and cost of searches of the database; (d) further analysis in investigations of alleged miscarriages of justice; and (e) further analysis so as to be able to identify any analytical or process errors. It is these benefits which must be balanced against the risks identified by Liberty. In relation to those risks, the position in any event is first that any change in the law will have to be itself Convention compliant; second any change in practice would have to be Convention compliant; and third unlawfulness must not be assumed. In my view thus the risks identified are not great, and such as they are they are outweighed by the benefits in achieving the aim of prosecuting and preventing crime."

14. Lord Justice Sedley considered that the power of a chief constable to destroy data which he would ordinarily retain had to be exercised in every case, however rare such cases might be, where he or she was satisfied on conscientious consideration that the individual was free of any taint of suspicion. He also noted that the difference between the retention of samples and DNA profiles was that the retention of samples would enable more information to be derived than had previously been possible.

15. On 22 July 2004 the House of Lords dismissed an appeal by the applicants. Lord Steyn, giving the lead judgment, noted the legislative history of section 64(1A) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), in particular the way in which it had been introduced by Parliament following public disquiet about the previous law, which had provided that where a person was not prosecuted or was acquitted of offences, the sample had to be destroyed and the information could not be used. In two cases, compelling DNA evidence linking one suspect to a rape and another to a murder had not been able to be used, as at the time the matches were made both defendants had either been acquitted or a decision made not to proceed for the offences for which the profiles had been obtained: as a result it had not been possible to convict either suspect.

16. Lord Steyn noted that the value of retained fingerprints and samples taken from suspects was considerable. He gave the example of a case in 1999, in which DNA information from the perpetrator of a crime was matched with that of “I” in a search of the national database. The sample from “I” should have been destroyed, but had not been. “I” had pleaded guilty to rape and was sentenced. If the sample had not been wrongly detained, the offender might have escaped detection.

17. Lord Steyn also referred to statistical evidence from which it appeared that almost 6,000 DNA profiles had been linked with crime-scene stain profiles which would have been destroyed under the former provisions. The offences involved included 53 murders, 33 attempted murders, 94 rapes, 38 sexual offences, 63 aggravated burglaries and 56 cases involving the supply of controlled drugs. On the basis of the existing records, the Home Office statistics estimated that there was a 40% chance that a crime-scene sample would be matched immediately with an individual’s profile on the national database. This showed that the fingerprints and samples which could now be retained had in the previous three years played a major role in the detection and prosecution of serious crime.

18. Lord Steyn also noted that PACE dealt separately with the taking of fingerprints and samples, their retention and their use.

19. As to the Convention analysis, Lord Steyn inclined to the view that the mere retention of fingerprints and DNA samples did not constitute an interference with the right to respect for private life but stated that, if he were wrong in that view, he regarded any interference as very modest indeed. Questions of whether, in the future, retained samples could be misused were not relevant in respect of contemporary use of retained samples in connection with the detection and prosecution of crime. If future scientific developments required it, judicial decisions could be made, when the need occurred, to ensure compatibility with the Convention. The provision limiting the permissible use of retained material to “*purposes related to the prevention or detection of crime ...*” did not broaden the permitted use unduly, because it was limited by its context.

20. If the need to justify the modest interference with private life arose, Lord Steyn agreed with Lord Justice Sedley in the Court of Appeal that the purposes of retention – the prevention of crime and the protection of the right of others to be free from crime – were “provided for by law”, as required by Article 8 of the Convention.

21. As to the justification for any interference, the applicants had argued that the retention of fingerprints and DNA samples created suspicion in respect of persons who had been acquitted. Counsel for the Home Secretary had contended that the aim of the retention had nothing to do with the

past, that is, with the offence of which a person had been acquitted, but was to assist in the investigation of offences in the future. The applicants would only be affected by the retention of the DNA samples if their profiles matched those found at the scene of a future crime. Lord Steyn saw five factors which led to the conclusion that the interference was proportionate to the aim: (i) the fingerprints and samples were kept only for the limited purpose of the detection, investigation and prosecution of crime; (ii) the fingerprints and samples were not of any use without a comparator fingerprint or sample from the crime scene; (iii) the fingerprints would not be made public; (iv) a person was not identifiable from the retained material to the untutored eye; (v) the resultant expansion of the national database by the retention conferred enormous advantages in the fight against serious crime.

22. In reply to the contention that the same legislative aim could be obtained by less intrusive means, namely by a case-by-case consideration of whether or not to retain fingerprints and samples, Lord Steyn referred to Lord Justice Waller's comments in the Court of Appeal, which read as follows:

“If justification for retention is in any degree to be by reference to the view of the police on the degree of innocence, then persons who have been acquitted and have their samples retained can justifiably say this stigmatises or discriminates against me – I am part of a pool of acquitted persons presumed to be innocent, but I am treated as though I was not. It is not in fact in any way stigmatising someone who has been acquitted to say simply that samples lawfully obtained are retained as the norm, and it is in the public interest in its fight against crime for the police to have as large a database as possible.”

23. Lord Steyn did not accept that the difference between samples and DNA profiles affected the position.

24. The House of Lords further rejected the applicants' complaint that the retention of their fingerprints and samples subjected them to discriminatory treatment in breach of Article 14 of the Convention when compared to the general body of persons who had not had their fingerprints and samples taken by the police in the course of a criminal investigation. Lord Steyn held that, even assuming that the retention of fingerprints and samples fell within the ambit of Article 8 of the Convention so as to trigger the application of Article 14, the difference of treatment relied on by the applicants was not one based on “status” for the purposes of Article 14: the difference simply reflected the historical fact, unrelated to any personal characteristic, that the authorities already held the fingerprints and samples of the individuals concerned which had been lawfully taken. The applicants and their suggested comparators could not in any event be said to be in

an analogous situation. Even if, contrary to his view, it was necessary to consider the justification for any difference in treatment, Lord Steyn held that such objective justification had been established: firstly, the element of legitimate aim was plainly present, as the increase in the database of fingerprints and samples promoted the public interest by the detection and prosecution of serious crime and by exculpating the innocent; secondly, the requirement of proportionality was satisfied, section 64(1A) of PACE objectively representing a measured and proportionate response to the legislative aim of dealing with serious crime.

25. Baroness Hale of Richmond disagreed with the majority, considering that the retention of both fingerprint and DNA data constituted an interference by the State in a person's right to respect for his private life and thus required justification under the Convention. In her opinion, this was an aspect of what had been called informational privacy and there could be little, if anything, more private to the individual than the knowledge of his genetic make-up. She further considered that the difference between fingerprint and DNA data became more important when it came to justify their retention as the justifications for each of these might be very different. She agreed with the majority that such justifications had been readily established in the applicants' cases.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND MATERIALS

A. England and Wales

1. *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)*

26. PACE contains powers for the taking of fingerprints (principally section 61) and samples (principally section 63). By section 61, fingerprints may only be taken without consent if an officer of at least the rank of superintendent authorises the taking, or if the person has been charged with a recordable offence or has been informed that he will be reported for such an offence. Before fingerprints are taken, the person must be informed that the prints may be the subject of a speculative search, and the fact of the informing must be recorded as soon as possible. The reason for the taking of the fingerprints is recorded in the custody record. Parallel provisions relate to the taking of samples (section 63).

27. As to the retention of such fingerprints and samples (and the records thereof), section 64(1A) of PACE was substituted by section 82 of the Criminal Justice and Police Act 2001. It provides as follows:

“Where (a) fingerprints or samples are taken from a person in connection with the investigation of an offence; and (b) subsection (3) below does not require them to be destroyed, the fingerprints or samples may be retained after they have fulfilled the purposes for which they were taken but shall not be used by any person except for purposes related to the prevention or detection of crime, the investigation of an offence, or the conduct of a prosecution. ...

(3) If (a) fingerprints or samples are taken from a person in connection with the investigation of an offence; and (b) that person is not suspected of having committed the offence, they must, except as provided in the following provisions of this section, be destroyed as soon as they have fulfilled the purpose for which they were taken.

(3AA) Samples and fingerprints are not required to be destroyed under subsection (3) above if (a) they were taken for the purposes of the investigation of an offence of which a person has been convicted; and (b) a sample or, as the case may be, fingerprint was also taken from the convicted person for the purposes of that investigation.”

28. Section 64 in its earlier form had included a requirement that if the person from whom the fingerprints or samples were taken in connection with the investigation was acquitted of that offence, the fingerprints and samples, subject to certain exceptions, were to be destroyed “as soon as practicable after the conclusion of the proceedings”.

29. The subsequent use of materials retained under section 64(1A) is not regulated by statute, other than the limitation on use contained in that provision. In *Attorney-General’s Reference (No. 3 of 1999)* [2001] 2 AC 91, the House of Lords had to consider whether it was permissible to use in evidence a sample which should have been destroyed under the then text of section 64 of PACE. The House considered that the prohibition on the use of an unlawfully retained sample “for the purposes of any investigation” did not amount to a mandatory exclusion of evidence obtained as a result of a failure to comply with the prohibition, but left the question of admissibility to the discretion of the trial judge.

2. *Data Protection Act 1998*

30. The Data Protection Act was adopted on 16 July 1998 to give effect to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 (see paragraph 50 below). Under the Data Protection Act “personal data” means data which relate to a living individual who can be identified (a) from those data; or (b) from those data and other information which is in the possession of, or is likely to come into the possession of, the data controller, and includes any expression of opinion about the individual and any indication of the intentions of the data controller or any other person in respect of the individual (section 1). “Sensitive personal data” means personal data consisting, *inter alia*, of information as to the racial or

ethnic origin of the data subject, the commission or alleged commission by him of any offence, or any proceedings for any offence committed or alleged to have been committed by him, the disposal of such proceedings or the sentence of any court in such proceedings (section 2).

31. The Act stipulates that the processing of personal data is subject to eight data protection principles listed in Schedule 1. Under the first principle personal data shall be processed fairly and lawfully and, in particular, shall not be processed unless (a) at least one of the conditions in Schedule 2 is met; and (b) in case of sensitive personal data, at least one of the conditions in Schedule 3 is also met. Schedule 2 contains a detailed list of conditions, and provides, *inter alia*, that the processing of any personal data is necessary for the administration of justice or for the exercise of any other functions of a public nature exercised in the public interest by any person (§ 5 (a) and (d)). Schedule 3 contains a more detailed list of conditions, including that the processing of sensitive personal data is necessary for the purpose of, or in connection with, any legal proceedings (§ 6 (a)), or for the administration of justice (§ 7 (a)), and is carried out with appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects (§ 4 (b)). Section 29 notably provides that personal data processed for the prevention or detection of crime are exempt from the first principle except to the extent to which it requires compliance with the conditions in Schedules 2 and 3. The fifth principle stipulates that personal data processed for any purpose or purposes shall not be kept for longer than is necessary for that purpose or those purposes.

32. The Information Commissioner created pursuant to the Act (as amended) has an independent duty to promote the following of good practice by data controllers and has power to make orders (“enforcement notices”) in this respect (section 40). The Act makes it a criminal offence not to comply with an enforcement notice (section 47) or to obtain or disclose personal data or information contained therein without the consent of the data controller (section 55). Section 13 affords a right to claim damages in the domestic courts in respect of contraventions of the Act.

3. Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer 2006

33. A set of guidelines for the retention of fingerprint and DNA information is contained in the Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer 2006 drawn up by the Association of Chief Police Officers in England and Wales. The Guidelines are based on a format of restricting access to the Police National Computer (PNC) data, rather than the deletion of that data. They recognise that their introduction

may thus have implications for the business of the non-police agencies with which the police currently share PNC data.

34. The Guidelines set various degrees of access to the information contained on the PNC through a process of “stepping down” access. Access to information concerning persons who have not been convicted of an offence is automatically “stepped down” so that this information is only open to inspection by the police. Access to information about convicted persons is likewise “stepped down” after the expiry of certain periods of time ranging from five to thirty-five years, depending on the gravity of the offence, the age of the suspect and the sentence imposed. For certain convictions the access will never be “stepped down”.

35. Chief police officers are the data controllers of all PNC records created by their force. They have the discretion in exceptional circumstances to authorise the deletion of any conviction, penalty notice for disorder, acquittal or arrest histories “owned” by them. An “exceptional case procedure” to assist chief police officers in relation to the exercise of this discretion is set out in Appendix 2. It is suggested that exceptional cases are rare by definition and include those where the original arrest or sampling was unlawful or where it is established beyond doubt that no offence existed. Before deciding whether a case is exceptional, the chief police officer is instructed to seek advice from the DNA and Fingerprint Retention Project.

B. Scotland

36. Under the 1995 Criminal Procedure Act of Scotland, as subsequently amended, the DNA samples and resulting profiles must be destroyed if the individual is not convicted or is granted an absolute discharge. A recent qualification provides that biological samples and profiles may be retained for three years, if the arrestee is suspected of certain sexual or violent offences even if a person is not convicted (section 83 of the 2006 Act, adding section 18A to the 1995 Act.). Thereafter, samples and information are required to be destroyed unless a chief constable applies to a sheriff for a two-year extension.

C. Northern Ireland

37. The Police and Criminal Evidence Order of Northern Ireland 1989 was amended in 2001 in the same way as PACE applicable in England and Wales. The relevant provisions currently governing the retention of fingerprint and DNA data in Northern Ireland are identical to those in force in England and Wales (see paragraph 27 above).

D. Nuffield Council on Bioethics' report¹

38. According to a recent report by the Nuffield Council on Bioethics, the retention of fingerprints, DNA profiles and biological samples is generally more controversial than the taking of such bioinformation, and the retention of biological samples raises greater ethical concerns than digitised DNA profiles and fingerprints, given the differences in the level of information that could be revealed. The report referred, in particular, to the lack of satisfactory empirical evidence to justify the present practice of retaining indefinitely fingerprints, samples and DNA profiles from all those arrested for a recordable offence, irrespective of whether they were subsequently charged or convicted. The report voiced particular concerns at the policy of permanently retaining the bioinformation of minors, having regard to the requirements of the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child.

39. The report also expressed concerns at the increasing use of the DNA data for familial searching, inferring ethnicity and non-operational research. Familial searching is the process of comparing a DNA profile from a crime scene with profiles stored on the national database, and prioritising them in terms of “closeness” to a match. This allows possible genetic relatives of an offender to be identified. Familial searching might thus lead to revealing previously unknown or concealed genetic relationships. The report considered the use of the DNA database in searching for relatives as particularly sensitive.

40. The particular combination of alleles² in a DNA profile can furthermore be used to assess the most likely ethnic origin of the donor. Ethnic inferring through DNA profiles is possible as the individual “ethnic appearance” is systematically recorded on the database: when taking biological samples, police officers routinely classify suspects into one of seven “ethnic appearance” categories. Ethnicity tests on the database might thus provide inferences for use during a police investigation in order, for example, to help reduce a “suspect pool” and to inform police priorities. The report noted that social factors and policing practices lead to a disproportionate number of people from black and ethnic minority groups being stopped, searched and arrested by the police, and hence having their DNA profiles

1. The Nuffield Council on Bioethics is an independent expert body composed of clinicians, lawyers, philosophers, scientists and theologians established by the Nuffield Foundation in 1991. The present report was published on 18 September 2007 under the following title, *The Forensic Use of Bioinformation: Ethical Issues*.

2. An allele is one of two or more alternative forms of a particular gene. Different alleles may give rise to different forms of the characteristic for which the gene codes (*World Encyclopedia*, Philip's, 2008, Oxford Reference Online: Oxford University Press).

recorded; it therefore voiced concerns that inferring ethnic identity from biological samples might reinforce racist views of propensity to criminality.

III. RELEVANT NATIONAL AND INTERNATIONAL MATERIALS

A. Council of Europe texts

41. The Council of Europe Convention of 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (“the Data Protection Convention”), which entered into force for the United Kingdom on 1 December 1987, defines “personal data” as any information relating to an identified or identifiable individual (“data subject”). The Convention provides, *inter alia*:

Article 5 – Quality of data

“Personal data undergoing automatic processing shall be

...

(b) stored for specified and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes;

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored;

...

(e) preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored.”

Article 6 – Special categories of data

“Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. ...”

Article 7 – Data security

“Appropriate security measures shall be taken for the protection of personal data stored in automated data files against accidental or unauthorised destruction or accidental loss as well as against unauthorised access, alteration or dissemination.”

42. Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers regulating the use of personal data in the police sector (adopted on 17 September 1987) states, *inter alia*:

Principle 2 – Collection of data

“2.1. The collection of personal data for police purposes should be limited to such as is necessary for the prevention of a real danger or the suppression of a specific

criminal offence. Any exception to this provision should be the subject of specific national legislation.

...

Principle 3 – Storage of data

“3.1. As far as possible, the storage of personal data for police purposes should be limited to accurate data and to such data as are necessary to allow police bodies to perform their lawful tasks within the framework of national law and their obligations arising from international law.

...

Principle 7 – Length of storage and updating of data

“7.1. Measures should be taken so that personal data kept for police purposes are deleted if they are no longer necessary for the purposes for which they were stored.

For this purpose, consideration shall in particular be given to the following criteria: the need to retain data in the light of the conclusion of an inquiry into a particular case; a final judicial decision, in particular an acquittal; rehabilitation; spent convictions; amnesties; the age of the data subject, particular categories of data.”

43. Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers on the use of analysis of deoxyribonucleic acid (DNA) within the framework of the criminal justice system (adopted on 10 February 1992) states, *inter alia*:

“3. Use of samples and information derived therefrom

Samples collected for DNA analysis and the information derived from such analysis for the purpose of the investigation and prosecution of criminal offences must not be used for other purposes. ...

...

Samples taken for DNA analysis and the information so derived may be needed for research and statistical purposes. Such uses are acceptable provided the identity of the individual cannot be ascertained. Names or other identifying references must therefore be removed prior to their use for these purposes.

4. Taking of samples for DNA analysis

The taking of samples for DNA analysis should only be carried out in circumstances determined by the domestic law; it being understood that in some states this may necessitate specific authorisation from a judicial authority.

...

8. Storage of samples and data

Samples or other body tissue taken from individuals for DNA analysis should not be kept after the rendering of the final decision in the case for which they were used, unless it is necessary for purposes directly linked to those for which they were collected.

Measures should be taken to ensure that the results of DNA analysis are deleted when it is no longer necessary to keep it for the purposes for which it was used. The results of DNA analysis and the information so derived may, however, be retained where the individual concerned has been convicted of serious offences against the life, integrity or security of persons. In such cases strict storage periods should be defined by domestic law.

Samples and other body tissues, or the information derived from them, may be stored for longer periods

- when the person so requests; or
- when the sample cannot be attributed to an individual, for example when it is found at the scene of an offence.

Where the security of the state is involved, the domestic law of the member State may permit retention of the samples, the results of DNA analysis and the information so derived even though the individual concerned has not been charged or convicted of an offence. In such cases strict storage periods should be defined by domestic law.

...”

44. The Explanatory Memorandum to the Recommendation stated, as regards item 8:

“47. The working party was well aware that the drafting of recommendation 8 was a delicate matter, involving different protected interests of a very difficult nature. It was necessary to strike the right balance between these interests. Both the European Convention on Human Rights and the Data Protection Convention provide exceptions for the interests of the suppression of criminal offences and the protection of the rights and freedoms of third parties. However, the exceptions are only allowed to the extent that they are compatible with what is necessary in a democratic society.

...

49. Since the primary aim of the collection of samples and the carrying out of DNA analysis on such samples is the identification of offenders and the exoneration of suspected offenders, the data should be deleted once persons have been cleared of suspicion. The issue then arises as to how long the DNA findings and the samples on which they were based can be stored in the case of a finding of guilt.

50. The general rule should be that the data are deleted when they are no longer necessary for the purposes for which they were collected and used. This would in general be the case when a final decision has been rendered as to the culpability of the offender. By ‘final decision’ the CAHBI [Ad hoc Committee of Experts on Bioethics] thought that this would normally, under domestic law, refer to a judicial decision. However, the working party recognised that there was a need to set up databases in certain cases and for specific categories of offences which could be considered to constitute circumstances warranting another solution, because of the seriousness of the offences. The working party came to this conclusion after a thorough analysis of the relevant provisions in the European Convention on Human Rights, the Data

Protection Convention and other legal instruments drafted within the framework of the Council of Europe. In addition, the working party took into consideration that all member States keep a criminal record and that such record may be used for the purposes of the criminal justice system ... It took into account that such an exception would be permissible under certain strict conditions:

- when there has been a conviction;
- when the conviction concerns a serious criminal offence against the life, integrity and security of a person;
- the storage period is limited strictly;
- the storage is defined and regulated by law;
- the storage is subject to control by Parliament or an independent supervisory body.”

B. Law and practice in the Council of Europe member States

45. According to the information provided by the parties or otherwise available to the Court, a majority of the Council of Europe member States allow the compulsory taking of fingerprints and cellular samples in the context of criminal proceedings. At least twenty member States make provision for the taking of DNA information and storing it on national databases or in other forms (Austria, Belgium, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland¹, Italy², Latvia, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Spain, Sweden and Switzerland). This number is steadily increasing.

46. In most of these countries (including Austria, Belgium, Finland, France, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Spain and Sweden), the taking of DNA information in the context of criminal proceedings is not systematic but limited to some specific circumstances and/or to more serious crimes, notably those punishable by certain terms of imprisonment.

47. The United Kingdom is the only member State expressly to permit the systematic and indefinite retention of DNA profiles and cellular samples of persons who have been acquitted or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued. Five States (Belgium, Hungary, Ireland, Italy and

1. The law and practice in Ireland are presently governed by the Criminal Justice (Forensic Evidence) Act 1990. A new bill has been approved by the government with a view to extending the use and storage of DNA information in a national database. The bill has not yet been approved by Parliament.

2. The legislative decree of 30 October 2007 establishing a national DNA database was approved by the Italian government and the Senate. However, the decree eventually expired without having been formally converted into a statute as a mistake in the drafting was detected. A corrected version of the decree is expected to be issued in 2008.

Sweden) require such information to be destroyed *ex officio* upon acquittal or the discontinuance of the criminal proceedings. Ten other member States apply the same general rule with certain very limited exceptions: Germany, Luxembourg and the Netherlands allow such information to be retained where suspicions remain about the person or if further investigations are needed in a separate case; Austria permits its retention where there is a risk that the suspect will commit a dangerous offence and Poland does likewise in relation to certain serious crimes; Norway and Spain allow the retention of profiles if the defendant is acquitted for lack of criminal accountability; Finland and Denmark allow retention for one and ten years respectively in the event of an acquittal and Switzerland for one year when proceedings have been discontinued. In France, DNA profiles can be retained for twenty-five years after an acquittal or discharge; during this period the public prosecutor may order their earlier deletion, either on his or her own motion or upon request, if their retention has ceased to be required for the purposes of identification in connection with a criminal investigation. Estonia and Latvia also appear to allow the retention of DNA profiles of suspects for certain periods after acquittal.

48. The retention of DNA profiles of convicted persons is allowed, as a general rule, for limited periods of time after the conviction or after the convicted person's death. The United Kingdom thus also appears to be the only member State expressly to allow the systematic and indefinite retention of both profiles and samples of convicted persons.

49. Complaint mechanisms before data-protection monitoring bodies and/or before courts are available in most of the member States with regard to decisions to take cellular samples or retain samples or DNA profiles.

C. European Union

50. Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data provides that the object of national laws on the processing of personal data is notably to protect the right to privacy as recognised both in Article 8 of the European Convention on Human Rights and in the general principles of Community law. The Directive sets out a number of principles in order to give substance to and amplify those contained in the Data Protection Convention of the Council of Europe. It allows member States to adopt legislative measures to restrict the scope of certain obligations and rights provided for in the Directive when such a restriction constitutes notably a necessary measure for the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences (Article 13).

51. The Prüm Convention on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration, which was signed by several member States of the European Union on 27 May 2005, sets out rules for the supply of fingerprinting and DNA data to other Contracting Parties and their automated checking against their relevant databases. The Convention provides, *inter alia*:

Article 35 – Purpose

“2. ... The Contracting Party administering the file may process the data supplied ... solely where this is necessary for the purposes of comparison, providing automated replies to searches or recording ... The supplied data shall be deleted immediately following data comparison or automated replies to searches unless further processing is necessary for the purposes mentioned ... above.”

52. Article 34 guarantees a level of protection of personal data at least equal to that resulting from the Data Protection Convention and requires the Contracting Parties to take into account Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

53. The Council framework decision of 24 June 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters states, *inter alia*:

Article 5

“Establishment of time-limits for erasure and review

Appropriate time-limits shall be established for the erasure of personal data or for a periodic review of the need for the storage of the data. Procedural measures shall ensure that these time-limits are observed.”

D. Case-law in other jurisdictions

54. In the case of *R. v. R.C.* [[2005] 3 SCR 99, 2005 SCC 61] the Supreme Court of Canada considered the issue of retaining a juvenile first-time offender’s DNA sample on the national database. The court upheld the decision by a trial judge who had found, in the light of the principles and objects of youth criminal justice legislation, that the impact of the DNA retention would be grossly disproportionate. In his opinion, Fish J observed:

“Of more concern, however, is the impact of an order on an individual’s informational privacy interests. In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293, the Court found that section 8 of the Charter protected the ‘biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state’. An individual’s DNA contains the ‘highest level of personal and private information’: S.A.B., at paragraph 48. Unlike a fingerprint, it is capable of revealing the most intimate details of a person’s biological make-up. ... The taking and retention of a DNA sample is not a trivial matter and, absent a compelling

public interest, would inherently constitute a grave intrusion on the subject's right to personal and informational privacy."

E. United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989

55. Article 40 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 states the right of every child alleged as, accused of, or recognised as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

IV. THIRD-PARTY SUBMISSIONS

56. The National Council for Civil Liberties ("Liberty") submitted case-law and scientific material highlighting, *inter alia*, the highly sensitive nature of cellular samples and DNA profiles and the impact on private life arising from their retention by the authorities.

57. Privacy International referred to certain core data-protection rules and principles developed by the Council of Europe and insisted on their high relevance for the interpretation of the proportionality requirement enshrined in Article 8 of the Convention. It emphasised, in particular, the "strict periods" recommended by Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers for the storage of cellular samples and DNA profiles. It further pointed out a disproportionate representation on the United Kingdom National DNA Database of certain groups of the population, notably youth, and the unfairness that that situation might create. The use of data for familial testing and additional research purposes was also of concern. Privacy International also provided a summary of comparative data on the law and practice of different countries with regard to DNA storage and stressed the numerous restrictions and safeguards which existed in that respect.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

58. The applicants complained under Article 8 of the Convention about the retention of their fingerprints, cellular samples and DNA profiles

pursuant to section 64(1A) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE). Article 8 provides, in so far as relevant, as follows:

- “1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the prevention of disorder or crime ...”

A. Existence of an interference with private life

59. The Court will first consider whether the retention by the authorities of the applicants’ fingerprints, DNA profiles and cellular samples constitutes an interference with their private life.

1. The parties’ submissions

(a) The applicants

60. The applicants submitted that the retention of their fingerprints, cellular samples and DNA profiles interfered with their right to respect for private life as they were crucially linked to their individual identity and concerned a type of personal information that they were entitled to keep within their control. They pointed out that the initial taking of such bioinformation had consistently been held to engage Article 8 and submitted that their retention was more controversial given the wealth of private information that became permanently available to others and thus came out of the control of the person concerned. They stressed, in particular, the social stigma and psychological implications provoked by such retention in the case of children, which made the interference with the right to private life all the more pressing in respect of the first applicant.

61. They considered that the Convention organs’ case-law supported this contention, as did a recent domestic decision of the Information Tribunal (*Chief Constables of West Yorkshire, South Yorkshire and North Wales Police v. the Information Commissioner*, [2005] UK IT EA 2005 0010 (12 October 2005), 173). The latter decision relied on the speech of Baroness Hale of Richmond in the House of Lords (see paragraph 25 above) and followed in substance her finding when deciding a similar question about the application of Article 8 to the retention of conviction data.

62. They further emphasised that the retention of cellular samples involved an even greater degree of interference with Article 8 rights as

they contained full genetic information about a person, including genetic information about his or her relatives. It was of no significance whether information was actually extracted from the samples or caused a detriment in a particular case as an individual was entitled to a guarantee that such information, which fundamentally belonged to him, would remain private and not be communicated or accessible without his permission.

(b) The Government

63. The Government accepted that fingerprints, DNA profiles and samples were “personal data” within the meaning of the Data Protection Act in the hands of those who can identify the individual. They considered, however, that the mere retention of fingerprints, DNA profiles and samples for the limited use permitted under section 64 of PACE did not fall within the ambit of the right to respect for private life under Article 8 § 1 of the Convention. Unlike the initial taking of this data, their retention did not interfere with the physical and psychological integrity of the persons; nor did it breach their right to personal development, to establish and develop relationships with other human beings or the right to self-determination.

64. The Government submitted that the applicants’ real concerns related to fears about the future uses of stored samples, to anticipated methods of analysis of DNA material and to potential intervention with the private life of individuals through active surveillance. It emphasised in this connection that the permitted extent of the use of the material was clearly and expressly limited by the legislation, the technological processes of DNA profiling and the nature of the DNA profile extracted.

65. The profile was merely a sequence of numbers which provided a means of identifying a person against bodily tissue, containing no materially intrusive information about an individual or his personality. The DNA database was a collection of such profiles which could be searched using material from a crime scene and a person would be identified only if and to the extent that a match was obtained against the sample. Familial searching through partial matches only occurred in very rare cases and was subject to very strict controls. Fingerprints, DNA profiles and samples were neither susceptible to any subjective commentary nor provided any information about a person’s activities and thus presented no risk to affect the perception of an individual or affect his or her reputation. Even if such retention were capable of falling within the ambit of Article 8 § 1, the extremely limited nature of any adverse effects rendered the retention not sufficiently serious to constitute an interference.

2. *The Court's assessment*

(a) **General principles**

66. The Court notes that the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III, and *Y.F. v. Turkey*, no. 24209/94, § 33, ECHR 2003-IX). It can therefore embrace multiple aspects of the person’s physical and social identity (see *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, among other authorities, *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I with further references, and *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 57, ECHR 2003-I). Beyond a person’s name, his or her private and family life may include other means of personal identification and of linking to a family (see, *mutatis mutandis*, *Burghartz v. Switzerland*, 22 February 1994, § 24, Series A no. 280-B, and *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, § 42, ECHR 2004-X). Information about the person’s health is an important element of private life (see *Z v. Finland*, 25 February 1997, § 71, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I). The Court furthermore considers that an individual’s ethnic identity must be regarded as another such element (see, in particular, Article 6 of the Data Protection Convention quoted in paragraph 41 above, which lists personal data revealing racial origin as a special category of data along with other sensitive information about an individual). Article 8 protects, in addition, a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see, for example, *Burghartz*, cited above, opinion of the Commission, p. 37, § 47, and *Friedl v. Austria*, 31 January 1995, Series A no. 305-B, opinion of the Commission, p. 20, § 45). The concept of private life moreover includes elements relating to a person’s right to their image (see *Sciacca v. Italy*, no. 50774/99, § 29, ECHR 2005-I).

67. The mere storing of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8 (see *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 48, Series A no. 116). The subsequent use of the stored information has no bearing on that finding (see *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, § 69, ECHR 2000-II). However, in determining whether the personal information retained by the authorities involves any of the private-life aspects mentioned above, the Court will have due regard to the specific context in which the information at issue has been recorded and

retained, the nature of the records, the way in which these records are used and processed and the results that may be obtained (see, *mutatis mutandis*, *Friedl*, cited above, §§ 49-51, and *Pecm*, cited above, § 59).

(b) Application of the above principles to the present case

68. The Court notes at the outset that all three categories of the personal information retained by the authorities in the present case, namely fingerprints, DNA profiles and cellular samples, constitute personal data within the meaning of the Data Protection Convention as they relate to identified or identifiable individuals. The Government accepted that all three categories are “personal data” within the meaning of the Data Protection Act 1998 in the hands of those who are able to identify the individual.

69. The Convention organs have already considered in various circumstances questions relating to the retention of such personal data by the authorities in the context of criminal proceedings. As regards the nature and scope of the information contained in each of these three categories of data, the Court has distinguished in the past between the retention of fingerprints and the retention of cellular samples and DNA profiles in view of the stronger potential for future use of the personal information contained in the latter (see *Van der Velden v. the Netherlands* (dec.), no. 29514/05, ECHR 2006-XV). The Court considers it appropriate to examine separately the question of interference with the applicants’ right to respect for their private lives by the retention of their cellular samples and DNA profiles on the one hand, and of their fingerprints on the other.

(i) Cellular samples and DNA profiles

70. In *Van der Velden*, the Court considered that, given the use to which cellular material in particular could conceivably be put in the future, the systematic retention of that material was sufficiently intrusive to disclose interference with the right to respect for private life (see *Van der Velden*, cited above). The Government criticised that conclusion on the ground that it speculated on the theoretical future use of samples and that there was no such interference at present.

71. The Court maintains its view that an individual’s concern about the possible future use of private information retained by the authorities is legitimate and relevant to a determination of the issue of whether there has been an interference. Indeed, bearing in mind the rapid pace of developments in the field of genetics and information technology, the Court cannot discount the possibility that in the future the private-life interests bound up with genetic information may be adversely affected in novel ways or in a manner which cannot be anticipated with precision today. Accordingly, the

Court does not find any sufficient reason to depart from its finding in the *Van der Velden* case.

72. Legitimate concerns about the conceivable use of cellular material in the future are not, however, the only element to be taken into account in the determination of the present issue. In addition to the highly personal nature of cellular samples, the Court notes that they contain much sensitive information about an individual, including information about his or her health. Moreover, samples contain a unique genetic code of great relevance to both the individual and his relatives. In this respect the Court concurs with the opinion expressed by Baroness Hale in the House of Lords (see paragraph 25 above).

73. Given the nature and the amount of personal information contained in cellular samples, their retention *per se* must be regarded as interfering with the right to respect for the private lives of the individuals concerned. That only a limited part of this information is actually extracted or used by the authorities through DNA profiling and that no immediate detriment is caused in a particular case does not change this conclusion (see *Amann*, cited above, § 69).

74. As regards DNA profiles themselves, the Court notes that they contain a more limited amount of personal information extracted from cellular samples in a coded form. The Government submitted that a DNA profile is nothing more than a sequence of numbers or a bar-code containing information of a purely objective and irrefutable character and that the identification of a subject only occurs in case of a match with another profile in the database. They also submitted that, being in coded form, computer technology is required to render the information intelligible and that only a limited number of persons would be able to interpret the data in question.

75. The Court observes, nonetheless, that the profiles contain substantial amounts of unique personal data. While the information contained in the profiles may be considered objective and irrefutable in the sense submitted by the Government, their processing through automated means allows the authorities to go well beyond neutral identification. The Court notes in this regard that the Government accepted that DNA profiles could be, and indeed had in some cases been, used for familial searching with a view to identifying a possible genetic relationship between individuals. They also accepted the highly sensitive nature of such searching and the need for very strict controls in this respect. In the Court's view, the DNA profiles' capacity to provide a means of identifying genetic relationships between individuals (see paragraph 39 above) is in itself sufficient to conclude that their retention interferes with the right to the private life of the individuals concerned. The frequency of familial searches, the safeguards attached thereto and the

likelihood of detriment in a particular case are immaterial in this respect (see *Amann*, cited above, § 69). This conclusion is similarly not affected by the fact that, since the information is in coded form, it is intelligible only with the use of computer technology and capable of being interpreted only by a limited number of persons.

76. The Court further notes that it is not disputed by the Government that the processing of DNA profiles allows the authorities to assess the likely ethnic origin of the donor and that such techniques are in fact used in police investigations (see paragraph 40 above). The possibility the DNA profiles create for inferences to be drawn as to ethnic origin makes their retention all the more sensitive and susceptible of affecting the right to private life. This conclusion is consistent with the principle laid down in the Data Protection Convention and reflected in the Data Protection Act that both list personal data revealing ethnic origin among the special categories of sensitive data attracting a heightened level of protection (see paragraphs 30-31 and 41 above).

77. In view of the foregoing, the Court concludes that the retention of both cellular samples and DNA profiles discloses an interference with the applicants' right to respect for their private lives, within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention.

(ii) *Fingerprints*

78. It is common ground that fingerprints do not contain as much information as either cellular samples or DNA profiles. The issue of alleged interference with the right to respect for private life caused by their retention by the authorities has already been considered by the Convention organs.

79. In *McVeigh and Others*, the Commission first examined the issue of the taking and retention of fingerprints as part of a series of investigative measures. It accepted that at least some of the measures disclosed an interference with the applicants' private life, while leaving open the question of whether the retention of fingerprints alone would amount to such interference (see *McVeigh and Others v. the United Kingdom* (nos. 8022/77, 8025/77 and 8027/77, Commission's report of 18 March 1981, Decisions and Reports 25, p. 15, § 224).

80. In *Kinnunen*, the Commission considered that fingerprints and photographs retained following the applicant's arrest did not constitute an interference with his private life as they did not contain any subjective appreciations which called for refutation. The Commission noted, however, that the data at issue had been destroyed nine years later at the applicant's request (see *Kinnunen v. Finland*, no. 24950/94, Commission decision of 15 May 1996, unreported).

81. Having regard to these findings and the questions raised in the present case, the Court considers it appropriate to review this issue. It notes at the outset that the applicants' fingerprint records constitute their personal data (see paragraph 68 above) which contain certain external identification features much in the same way as, for example, personal photographs or voice samples.

82. In *Friedl*, the Commission considered that the retention of anonymous photographs that have been taken at a public demonstration did not interfere with the right to respect for private life. In so deciding, it attached special weight to the fact that the photographs concerned had not been entered in a data-processing system and that the authorities had taken no steps to identify the persons photographed by means of data processing (see *Friedl*, cited above, §§ 49-51).

83. In *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, the Court considered that the recording of data and the systematic or permanent nature of the record could give rise to private-life considerations even though the data in question may have been available in the public domain or otherwise. The Court noted that a permanent record of a person's voice for further analysis was of direct relevance to identifying that person when considered in conjunction with other personal data. It accordingly regarded the recording of the applicants' voices for such further analysis as amounting to interference with their right to respect for their private lives (see *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, §§ 59-60, ECHR 2001-IX).

84. The Court is of the view that the general approach taken by the Convention organs in respect of photographs and voice samples should also be followed in respect of fingerprints. The Government distinguished the latter by arguing that they constituted neutral, objective and irrefutable material and, unlike photographs, were unintelligible to the untutored eye and without a comparator fingerprint. While true, this consideration cannot alter the fact that fingerprints objectively contain unique information about the individual concerned, allowing his or her identification with precision in a wide range of circumstances. They are thus capable of affecting his or her private life and the retention of this information without the consent of the individual concerned cannot be regarded as neutral or insignificant.

85. The Court accordingly considers that the retention of fingerprints on the authorities' records in connection with an identified or identifiable individual may in itself give rise, notwithstanding their objective and irrefutable character, to important private-life concerns.

86. In the instant case, the Court notes furthermore that the applicants' fingerprints were initially taken in criminal proceedings and subsequently recorded on a national database with the aim of being permanently kept

and regularly processed by automated means for criminal-identification purposes. It is accepted in this regard that, because of the information they contain, the retention of cellular samples and DNA profiles has a more important impact on private life than the retention of fingerprints. However, the Court, like Baroness Hale (see paragraph 25 above), considers that, while it may be necessary to distinguish between the taking, use and storage of fingerprints, on the one hand, and samples and profiles, on the other, in determining the question of justification, the retention of fingerprints constitutes an interference with the right to respect for private life.

B. Justification for the interference

1. The parties' submissions

(a) The applicants

87. The applicants argued that the retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles was not justified under Article 8 § 2. The Government were given a very wide remit to use samples and DNA profiles notably for “purposes related to the prevention or detection of crime”, “the investigation of an offence” or “the conduct of a prosecution”. These purposes were vague and open to abuse as they might, in particular, lead to the collation of detailed personal information outside the immediate context of the investigation of a particular offence. The applicants further submitted that there were insufficient procedural safeguards against misuse or abuse of the information. Records on the Police National Computer (PNC) were not only accessible to the police, but also to fifty-six non-police bodies, including government agencies and departments, private groups such as British Telecom and the Association of British Insurers, and even certain employers. Furthermore, the PNC was linked to the Europe-wide “Schengen Information System”. Consequently, their case involved a very substantial and controversial interference with the right to private life, as notably illustrated by ongoing public debate and disagreement about the subject in the United Kingdom. Contrary to the assertion of the Government, the applicants concluded that the issue of the retention of this material was of great individual concern and the State had a narrow margin of appreciation in this field.

88. The applicants contended that the indefinite retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles of unconvicted persons could not be regarded as “necessary in a democratic society” for the purpose of preventing crime. In particular, there was no justification at all for the

retention of cellular samples following the original generation of the DNA profile; nor had the efficacy of the profiles' retention been convincingly demonstrated since the high number of DNA matches relied upon by the Government was not shown to have led to successful prosecutions. Likewise, in most of the specific examples provided by the Government, the successful prosecution had not been contingent on the retention of the records and in certain others the successful outcome could have been achieved through more limited retention in time and scope.

89. The applicants further submitted that the retention was disproportionate because of its blanket nature irrespective of the offences involved, the unlimited period, the failure to take account of the applicants' circumstances and the lack of an independent decision-making process or scrutiny when considering whether or not to order retention. They further considered the retention regime to be inconsistent with the Council of Europe's guidance on the subject. They emphasised, finally, that retention of the records cast suspicion on persons who had been acquitted or discharged of crimes, thus implying that they were not wholly innocent. The retention thus resulted in stigma which was particularly detrimental to children, as in the case of S., and to members of certain ethnic groups over-represented on the database.

(b) The Government

90. The Government submitted that any interference resulting from the retention of the applicants' fingerprints, cellular samples and DNA profiles was justified under Article 8 § 2. It was in accordance with the law as expressly provided for, and governed by section 64 of PACE, which set out detailed powers and restrictions on the taking of fingerprints and samples and clearly stated that they would be retained by the authorities regardless of the outcome of the proceedings in respect of which they were taken. The exercise of the discretion to retain fingerprints and samples was also, in any event, subject to the normal principles of law regulating discretionary power and to judicial review.

91. The Government further stated that the interference was necessary and proportionate for the legitimate purpose of the prevention of disorder or crime and/or the protection of the rights and freedoms of others. It was of vital importance that law enforcement agencies took full advantage of available techniques of modern technology and forensic science in the prevention, investigation and detection of crime for the interests of society generally. They submitted that the retained material was of inestimable value in the fight against crime and terrorism and the detection of the guilty, and provided statistics in support of this view. They emphasised that the

benefits to the criminal-justice system were enormous, not only permitting the detection of the guilty but also eliminating the innocent from inquiries and correcting and preventing miscarriages of justice.

92. As at 30 September 2005, the National DNA Database held 181,000 profiles from individuals who would have been entitled to have those profiles destroyed before the 2001 amendments. Of those profiles, 8,251 were subsequently linked with crime-scene stains which involved 13,079 offences, including 109 murders, 55 attempted murders, 116 rapes, 67 sexual offences, 105 aggravated burglaries and 126 offences of the supply of controlled drugs.

93. The Government also submitted specific examples of the use of DNA material for successful investigation and prosecution in some eighteen specific cases. In ten of these cases the DNA profiles of suspects matched some earlier unrelated crime-scene stains retained on the database, thus allowing successful prosecution for those earlier crimes. In another case, two suspects arrested for rape were eliminated from the investigation as their DNA profiles did not match the crime-scene stain. In two other cases the retention of DNA profiles of the persons found guilty of certain minor offences (disorder and theft) led to establishing their involvement in other crimes committed later. In one case the retention of a suspect's DNA profile following an alleged immigration offence helped his extradition to the United Kingdom a year later when he was identified by one of his victims as having committed rape and murder. Finally, in four cases DNA profiles retained from four persons suspected but not convicted of certain offences (possession of offensive weapons, violent disorder and assault) matched the crime-scene stains collected from victims of rape up to two years later.

94. The Government contended that the retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles could not be regarded as excessive since they were kept for specific limited statutory purposes and stored securely and subject to the safeguards identified. Their retention was neither warranted by any degree of suspicion of the applicants' involvement in a crime or propensity to crime nor directed at retaining records in respect of investigated alleged offences in the past. The records were retained because the police had already been lawfully in possession of them, and their retention would assist in the future prevention and detection of crime in general by increasing the size of the database. Retention resulted in no stigma and produced no practical consequence for the applicants unless the records matched a crime-scene profile. A fair balance was thus struck between individual rights and the general interest of the community and fell within the State's margin of appreciation.

2. *The Court's assessment*

(a) **In accordance with the law**

95. The Court notes from its well established case-law that the wording “in accordance with the law” requires the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus be adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct. For domestic law to meet these requirements, it must afford adequate legal protection against arbitrariness and accordingly indicate with sufficient clarity the scope of discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise (see *Malone v. the United Kingdom*, 2 August 1984, §§ 66-68, Series A no. 82; *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 55, ECHR 2000-V; and *Amann*, cited above, § 56).

96. The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (see *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI, with further references).

97. The Court notes that section 64 of PACE provides that the fingerprints or samples taken from a person in connection with the investigation of an offence may be retained after they have fulfilled the purposes for which they were taken (see paragraph 27 above). The Court agrees with the Government that the retention of the applicants’ fingerprint and DNA records had a clear basis in the domestic law. There is also clear evidence that these records are retained in practice save in exceptional circumstances. The fact that chief police officers have power to destroy them in such rare cases does not make the law insufficiently certain from the point of view of the Convention.

98. As regards the conditions attached to and arrangements for the storing and use of this personal information, section 64 is far less precise. It provides that retained samples and fingerprints must not be used by any person except for purposes related to the prevention or detection of crime, the investigation of an offence or the conduct of a prosecution.

99. The Court agrees with the applicants that at least the first of these purposes is worded in rather general terms and may give rise to extensive interpretation. It reiterates that it is as essential, in this context, as in

telephone tapping, secret surveillance and covert intelligence-gathering, to have clear, detailed rules governing the scope and application of measures, as well as minimum safeguards concerning, *inter alia*, duration, storage, usage, access of third parties, procedures for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction, thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness (see, *mutatis mutandis*, *Kruslin v. France*, 24 April 1990, §§ 33 and 35, Series A no. 176-A; *Rotaru*, cited above, §§ 57-59; *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, no. 62540/00, §§ 75-77, 28 June 2007; and *Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, §§ 62-63, 1 July 2008). The Court notes, however, that these questions are in this case closely related to the broader issue of whether the interference was necessary in a democratic society. In view of its analysis in paragraphs 105-26 below, the Court does not find it necessary to decide whether the wording of section 64 meets the “quality of law” requirements within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

(b) Legitimate aim

100. The Court agrees with the Government that the retention of fingerprint and DNA information pursues the legitimate purpose of the detection and, therefore, prevention of crime. While the original taking of this information pursues the aim of linking a particular person to the particular crime of which he or she is suspected, its retention pursues the broader purpose of assisting in the identification of future offenders.

(c) Necessary in a democratic society

(i) General principles

101. An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”. While it is for the national authorities to make the initial assessment in all these respects, the final evaluation of whether the interference is necessary remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see *Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94, § 104, 18 January 2001, with further references).

102. A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends

on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights (see *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004, with further references). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V).

103. The protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention. The domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article (see, *mutatis mutandis*, *Z v. Finland*, cited above, § 95). The need for such safeguards is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned, not least when such data are used for police purposes. The domestic law should notably ensure that such data are relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored; and preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored (see Article 5 of the Data Protection Convention and the Preamble thereto and Principle 7 of Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers regulating the use of personal data in the police sector). The domestic law must also afford adequate guarantees that retained personal data were efficiently protected from misuse and abuse (see notably Article 7 of the Data Protection Convention). The above considerations are especially valid as regards the protection of special categories of more sensitive data (see Article 6 of the Data Protection Convention) and more particularly of DNA information, which contains the person's genetic make-up of great importance to both the person concerned and his or her family (see Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers on the use of analysis of DNA within the framework of the criminal justice system).

104. The interests of the data subjects and the community as a whole in protecting the personal data, including fingerprint and DNA information, may be outweighed by the legitimate interest in the prevention of crime (see Article 9 of the Data Protection Convention). However, the intrinsically

private character of this information calls for the Court to exercise careful scrutiny of any State measure authorising its retention and use by the authorities without the consent of the person concerned (see, *mutatis mutandis*, *Z v. Finland*, cited above, § 96).

(ii) *Application of these principles to the present case*

105. The Court finds it to be beyond dispute that the fight against crime, and in particular against organised crime and terrorism, which is one of the challenges faced by today's European societies, depends to a great extent on the use of modern scientific techniques of investigation and identification. The techniques of DNA analysis were acknowledged by the Council of Europe more than fifteen years ago as offering advantages to the criminal-justice system (see Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers, paragraphs 43-44 above). Nor is it disputed that the member States have since that time made rapid and marked progress in using DNA information in the determination of innocence or guilt.

106. However, while it recognises the importance of such information in the detection of crime, the Court must delimit the scope of its examination. The question is not whether the retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles may in general be regarded as justified under the Convention. The only issue to be considered by the Court is whether the retention of the fingerprint and DNA data of the applicants, as persons who had been suspected, but not convicted, of certain criminal offences, was justified under Article 8 § 2 of the Convention.

107. The Court will consider this issue with due regard to the relevant instruments of the Council of Europe and the law and practice of the other Contracting States. The core principles of data protection require the retention of data to be proportionate in relation to the purpose of collection and insist on limited periods of storage (see paragraphs 41-44 above). These principles appear to have been consistently applied by the Contracting States in the police sector in accordance with the Data Protection Convention and subsequent Recommendations of the Committee of Ministers (see paragraphs 45-49 above).

108. As regards, more particularly, cellular samples, most of the Contracting States allow these materials to be taken in criminal proceedings only from individuals suspected of having committed offences of a certain minimum gravity. In the great majority of the Contracting States with functioning DNA databases, samples and DNA profiles derived from those samples are required to be removed or destroyed either immediately or within a certain limited time after acquittal or discharge. A restricted

number of exceptions to this principle are allowed by some Contracting States (see paragraphs 47-48 above).

109. The current position of Scotland, as a part of the United Kingdom itself, is of particular significance in this regard. As noted above (see paragraph 36), the Scottish parliament voted to allow retention of the DNA of unconvicted persons only in the case of adults charged with violent or sexual offences and even then, for three years only, with the possibility of an extension to keep the DNA sample and data for a further two years with the consent of a sheriff.

110. This position is notably consistent with Recommendation No. R (92) 1 of the Committee of Ministers, which stresses the need for an approach which discriminates between different kinds of cases and for the application of strictly defined storage periods for data, even in more serious cases (see paragraphs 43-44 above). Against this background, England, Wales and Northern Ireland appear to be the only jurisdictions within the Council of Europe to allow the indefinite retention of fingerprint and DNA material of any person of any age suspected of any recordable offence.

111. The Government lay emphasis on the fact that the United Kingdom is in the vanguard of the development of the use of DNA samples in the detection of crime and that other States have not yet achieved the same maturity in terms of the size and resources of DNA databases. It is argued that the comparative analysis of the law and practice in other States with less advanced systems is accordingly of limited importance.

112. The Court cannot, however, disregard the fact that, notwithstanding the advantages provided by comprehensive extension of the DNA database, other Contracting States have chosen to set limits on the retention and use of such data with a view to achieving a proper balance with the competing interests of preserving respect for private life. The Court observes that the protection afforded by Article 8 of the Convention would be unacceptably weakened if the use of modern scientific techniques in the criminal-justice system were allowed at any cost and without carefully balancing the potential benefits of the extensive use of such techniques against important private-life interests. In the Court's view, the strong consensus existing among the Contracting States in this respect is of considerable importance and narrows the margin of appreciation left to the respondent State in the assessment of the permissible limits of the interference with private life in this sphere. The Court considers that any State claiming a pioneer role in the development of new technologies bears special responsibility for striking the right balance in this regard.

113. In the present case, the applicants' fingerprints and cellular samples were taken and DNA profiles obtained in the context of criminal proceedings

brought on suspicion of attempted robbery in the case of the first applicant and harassment of his partner in the case of the second applicant. The data were retained on the basis of legislation allowing for their indefinite retention, despite the acquittal of the former and the discontinuance of the criminal proceedings against the latter.

114. The Court must consider whether the permanent retention of fingerprint and DNA data of all suspected but unconvicted people is based on relevant and sufficient reasons.

115. Although the power to retain fingerprints, cellular samples and DNA profiles of unconvicted persons has only existed in England and Wales since 2001, the Government argue that their retention has been shown to be indispensable in the fight against crime. Certainly, the statistical and other evidence, which was before the House of Lords and is included in the material supplied by the Government (see paragraph 92 above) appears impressive, indicating that DNA profiles that would have been previously destroyed were linked with crime-scene stains in a high number of cases.

116. The applicants, however, assert that the statistics are misleading, a view supported in the Nuffield Council on Bioethics' report. It is true, as pointed out by the applicants, that the figures do not reveal the extent to which this "link" with crime scenes resulted in convictions of the persons concerned or the number of convictions that were contingent on the retention of the samples of unconvicted persons. Nor do they demonstrate that the high number of successful matches with crime-scene stains was only made possible through indefinite retention of DNA records of all such persons. At the same time, in the majority of the specific cases quoted by the Government (see paragraph 93 above), the DNA records taken from the suspects produced successful matches only with earlier crime-scene stains retained on the database. Yet such matches could have been made even in the absence of the present scheme, which permits the indefinite retention of DNA records of all suspected but unconvicted persons.

117. While neither the statistics nor the examples provided by the Government in themselves establish that the successful identification and prosecution of offenders could not have been achieved without the permanent and indiscriminate retention of the fingerprint and DNA records of all persons in the applicants' position, the Court accepts that the extension of the database has nonetheless contributed to the detection and prevention of crime.

118. The question, however, remains whether such retention is proportionate and strikes a fair balance between the competing public and private interests.

119. In this respect, the Court is struck by the blanket and indiscriminate nature of the power of retention in England and Wales. The material may be retained irrespective of the nature or gravity of the offence with which the individual was originally suspected or of the age of the suspected offender; fingerprints and samples may be taken – and retained – from a person of any age, arrested in connection with a recordable offence, which includes minor or non-imprisonable offences. The retention is not time-limited; the material is retained indefinitely whatever the nature or seriousness of the offence of which the person was suspected. Moreover, there exist only limited possibilities for an acquitted individual to have the data removed from the national database or the materials destroyed (see paragraph 35 above); in particular, there is no provision for independent review of the justification for the retention according to defined criteria, including such factors as the seriousness of the offence, previous arrests, the strength of the suspicion against the person and any other special circumstances.

120. The Court acknowledges that the level of interference with the applicants' right to private life may be different for each of the three different categories of personal data retained. The retention of cellular samples is particularly intrusive given the wealth of genetic and health information contained therein. However, such an indiscriminate and open-ended retention regime as the one in issue calls for careful scrutiny regardless of these differences.

121. The Government contend that the retention could not be considered as having any direct or significant effect on the applicants unless matches in the database were to implicate them in the commission of offences on a future occasion. The Court is unable to accept this argument and reiterates that the mere retention and storing of personal data by public authorities, however obtained, are to be regarded as having a direct impact on the private-life interest of an individual concerned, irrespective of whether subsequent use is made of the data (see paragraph 67 above).

122. Of particular concern in the present context is the risk of stigmatisation, stemming from the fact that persons in the position of the applicants, who have not been convicted of any offence and are entitled to the presumption of innocence, are treated in the same way as convicted persons. In this respect, the Court must bear in mind that the right of every person under the Convention to be presumed innocent includes the general rule that no suspicion regarding an accused's innocence may be voiced after his acquittal (see *Rushiti v. Austria*, no. 28389/95, § 31, 21 March 2000, with further references). It is true that the retention of the applicants' private data cannot be equated with the voicing of suspicions. Nonetheless, their perception that they are not being treated as innocent is heightened by the

fact that their data are retained indefinitely in the same way as the data of convicted persons, while the data of those who have never been suspected of an offence are required to be destroyed.

123. The Government argue that the power of retention applies to all fingerprints and samples taken from a person in connection with the investigation of an offence and does not depend on innocence or guilt. It is further submitted that the fingerprints and samples have been lawfully taken and that their retention is not related to the fact that they were originally suspected of committing a crime, the sole reason for their retention being to increase the size and, therefore, the use of the database in the identification of offenders in the future. The Court, however, finds this argument difficult to reconcile with the obligation imposed by section 64(3) of PACE to destroy the fingerprints and samples of volunteers at their request, despite the similar value of the material in increasing the size and utility of the database. Weighty reasons would have to be put forward by the Government before the Court could regard as justified such a difference in treatment of the applicants' private data compared to that of other unconvicted people.

124. The Court further considers that the retention of the unconvicted persons' data may be especially harmful in the case of minors such as the first applicant, given their special situation and the importance of their development and integration in society. The Court has already emphasised, drawing on the provisions of Article 40 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 1989, the special position of minors in the criminal-justice sphere and has noted, in particular, the need for the protection of their privacy at criminal trials (see *T. v. the United Kingdom* [GC], no. 24724/94, §§ 75 and 85, 16 December 1999). In the same way, the Court considers that particular attention should be paid to the protection of juveniles from any detriment that may result from the retention by the authorities of their private data following acquittals of a criminal offence. The Court shares the view of the Nuffield Council on Bioethics as to the impact on young persons of the indefinite retention of their DNA material and notes the Council's concerns that the policies applied have led to the over-representation in the database of young persons and ethnic minorities who have not been convicted of any crime (see paragraphs 38-40 above).

125. In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard.

Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants' right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society. This conclusion obviates the need for the Court to consider the applicants' criticism regarding the adequacy of certain particular safeguards, such as too broad an access to the personal data concerned and insufficient protection against the misuse or abuse of such data.

126. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention in the present case.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 TAKEN TOGETHER WITH ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

127. The applicants submitted that they had been subjected to discriminatory treatment as compared to others in an analogous situation, namely other unconvicted persons whose samples had still to be destroyed under the legislation. This treatment related to their status and fell within the ambit of Article 14 of the Convention, which had always been liberally interpreted. For the reasons set out in their submissions under Article 8, there was no reasonable or objective justification for the treatment, nor any legitimate aim or reasonable relationship of proportionality to the purported aim of crime prevention, in particular as regards the samples which played no role in crime detection or prevention. It was an entirely improper and prejudicial differentiation to retain materials of persons who should be presumed to be innocent.

128. The Government submitted that as Article 8 was not engaged, Article 14 of the Convention was not applicable. Even if it were, there was no difference of treatment as all those in an analogous situation to the applicants were treated the same and the applicants could not compare themselves with those who had not had samples taken by the police or those who consented to give samples voluntarily. In any event, any difference in treatment complained of was not based on "status" or a personal characteristic but on historical fact. If there was any difference in treatment, it was objectively justified and within the State's margin of appreciation.

129. The Court refers to its conclusion above that the retention of the applicants' fingerprints, cellular samples and DNA profiles was in violation of Article 8 of the Convention. In the light of the reasoning that has led to this conclusion, the Court considers that it is not necessary to examine separately the applicants' complaint under Article 14 of the Convention.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

130. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

131. The applicants requested the Court to award them just satisfaction for non-pecuniary damage and for costs and expenses.

A. Non-pecuniary damage

132. The applicants claimed compensation for non-pecuniary damage in the sum of 5,000 pounds sterling (GBP) each for distress and anxiety caused by the knowledge that intimate information about each of them had been unjustifiably retained by the State, and in relation to anxiety and stress caused by the need to pursue this matter through the courts.

133. The Government, referring to the Court’s case-law (see, in particular, *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, ECHR 2000-II), submitted that a finding of a violation would in itself constitute sufficient just satisfaction for both applicants and distinguished the present case from those cases where violations had been found as a result of the use or disclosure of the personal information (see, in particular, *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V).

134. The Court notes that it has found that the retention of the applicants’ fingerprint and DNA data violates their rights under Article 8 of the Convention. In accordance with Article 46 of the Convention, it will be for the respondent State to implement, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures to fulfil its obligations to secure the right of the applicants and other persons in their position to respect for their private life (see *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 120, ECHR 2002-VI). In these circumstances, the Court considers that the finding of a violation, with the consequences which will ensue for the future, may be regarded as constituting sufficient just satisfaction in this respect. The Court accordingly rejects the applicants’ claim for non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

135. The applicants also requested the Court to award GBP 52,066.25 for costs and expenses incurred before the Court and attached detailed documentation in support of their claim. These included the costs of the

solicitor (GBP 15,083.12) and the fees of three counsel (GBP 21,267.50, GBP 2,937.50 and GBP 12,778.13 respectively). The hourly rates charged by the lawyers were as follows: GBP 140 in respect of the applicants' solicitor (increased to GBP 183 as from June 2007) and GBP 150, GBP 250 and GBP 125 respectively in respect of three counsel.

136. The Government qualified the applicants' claim as entirely unreasonable. They submitted in particular that the rates charged by the lawyers were excessive and should be reduced to no more than two-thirds of the level claimed. They also argued that no award should be made in respect of the applicants' decision to instruct a fourth lawyer at a late stage of the proceedings as it had led to the duplication of work. The Government concluded that any cost award should be limited to GBP 15,000 and in any event, to no more than GBP 20,000.

137. The Court reiterates that only legal costs and expenses found to have been actually and necessarily incurred and which are reasonable as to quantum are recoverable under Article 41 of the Convention (see, among other authorities, *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, § 182, ECHR 2005-X).

138. On the one hand, the present applications were of some complexity as they required examination in a Chamber and in the Grand Chamber, including several rounds of observations and an oral hearing. The application also raised important legal issues and questions of principle requiring a large amount of work. It notably required an in-depth examination of the current debate on the issue of retention of fingerprint and DNA records in the United Kingdom and a comprehensive comparative research of the law and practice of other Contracting States and of the relevant texts and documents of the Council of Europe.

139. On the other hand, the Court considers that the overall sum of GBP 52,066.25 claimed by the applicants is excessive as to quantum. In particular, the Court agrees with the Government that the appointment of the fourth lawyer in the later stages of the proceedings may have led to a certain amount of duplication of work.

140. Making its assessment on an equitable basis and in the light of its practice in comparable cases, the Court awards the sum of 42,000 euros (EUR) in respect of costs and expenses, less the amount of EUR 2,613.07 already paid by the Council of Europe in legal aid.

C. Default interest

141. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* that it is not necessary to examine separately the complaint under Article 14 of the Convention;
3. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicants;
4. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, EUR 42,000 (forty-two thousand euros) in respect of costs and expenses (inclusive of any tax which may be chargeable to the applicants), to be converted into pounds sterling at the rate applicable at the date of settlement, less EUR 2,613.07 already paid to the applicants in respect of legal aid;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 December 2008.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa
President

S. ET MARPER c. ROYAUME-UNI
(Requêtes n^{os} 30562/04 et 30566/04)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 4 DÉCEMBRE 2008¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du dessaisissement d'une chambre en application de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants après la conclusion, par un acquittement et un classement sans suite, des poursuites pénales dirigées contre eux****Article 8**

Vie privée – Conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants après la conclusion, par un acquittement et un classement sans suite, des poursuites pénales dirigées contre eux – Données à caractère personnel – Ingérence – Prévues par la loi – Qualité de la loi – Prévention des infractions pénales – Nécessaire dans une société démocratique – Caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation – Absence de limite temporelle à la conservation – Défaut de contrôle indépendant de la justification de la conservation – Risque de stigmatisation – Préjudice plus important pour les mineurs – Proportionnalité

*

* *

En vertu de l'article 64 de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale (« la loi de 1984 »), les empreintes digitales et échantillons d'ADN prélevés sur une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale peuvent être conservés sans limite de temps, même lorsque la procédure pénale ultérieure se conclut par l'acquittement de l'accusé ou par un non-lieu. Dans l'affaire en cause, les deux requérants avaient été accusés d'infractions pénales mais n'avaient pas été condamnés. Le premier requérant, un mineur âgé de onze ans, avait été acquitté de tentative de vol; quant à la procédure dirigée contre le second requérant, accusé de harcèlement à l'égard de sa compagne, elle s'est conclue par une décision de classement sans suite après que le couple se fut réconcilié. Etant donné qu'ils n'avaient pas été condamnés, chacun des requérants demanda que les empreintes digitales et échantillons cellulaires le concernant soient détruits, ce que la police refusa dans les deux cas. Leurs demandes de contrôle juridictionnel de ces refus furent rejetées par une décision qui fut confirmée en appel.

Article 8: vu la nature et la quantité des informations personnelles contenues dans les échantillons cellulaires, dont un code génétique unique revêtant une grande importance tant pour la personne concernée que pour les membres de sa famille, et le fait que les profils ADN fournissent un moyen de découvrir les relations

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

génétiques pouvant exister entre des individus et de tirer des déductions quant à l'origine ethnique, la conservation des échantillons cellulaires comme des profils ADN des requérants s'analyse en soi en une atteinte au droit de ces derniers au respect de leur vie privée. S'il est vrai que la conservation des empreintes digitales a un impact moins grand sur la vie privée que celle des échantillons cellulaires et profils ADN, la conservation de ces éléments – qui contiennent des informations uniques sur l'individu concerné – sans le consentement de celui-ci, ne saurait passer pour une mesure neutre ou banale et constitue également une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Bien que, compte tenu de ses conclusions sur la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu de trancher le point de savoir si le libellé de l'article 64 de la loi de 1984 répond aux exigences quant à la « qualité » de la loi, elle note néanmoins que cette disposition manque de précision pour ce qui est des conditions et des modalités de mémorisation et d'utilisation des informations contenues dans les échantillons et profils et qu'il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application de ces mesures et imposant un minimum d'exigences. Par ailleurs, il est admis que la conservation des données vise un but légitime, à savoir la prévention des infractions pénales, grâce à l'aide apportée à l'identification des futurs délinquants.

Quant à la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, la Cour doit se pencher non sur la question de savoir si la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN en général peut passer pour justifiée sous l'angle de la Convention, mais sur le point de savoir si la conservation de ces éléments dans le cas des requérants – à savoir des personnes qui ont été soupçonnées d'avoir commis certaines infractions pénales mais n'ont pas été condamnées – était justifiée. D'après les principes clés des instruments pertinents du Conseil de l'Europe et du droit et de la pratique en vigueur dans les autres Etats contractants, la conservation des données doit être proportionnée au but pour lequel elles ont été recueillies et limitée dans le temps, notamment dans le secteur de la police. La protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part. Tout Etat qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière. A cet égard, la Cour est frappée par le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation en vigueur en Angleterre et au pays de Galles, où les données peuvent être conservées quels que soient la nature, la gravité de l'infraction et l'âge du suspect. De même, la conservation n'est pas limitée dans le temps et il n'existe que peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données de la base nationale ou la destruction des échantillons. Il n'existe pas non plus de disposition en vue d'un

contrôle indépendant de la justification de la conservation en fonction de critères précis. Est particulièrement préoccupant le risque de stigmatisation, qui découle du fait que des personnes qui n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence sont traitées de la même manière que des condamnés. La conservation de telles données peut être particulièrement préjudiciable dans le cas de mineurs, tel le premier requérant, en raison de leur situation spéciale et de l'importance que revêt leur développement et leur intégration dans la société. En conclusion, le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation en cause s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique.

Conclusion: violation (unanimité).

Articles 41 et 46 : le constat de violation constitue une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral. Il appartiendra à l'Etat défendeur de mettre en œuvre, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou individuelles appropriées. La Cour alloue aux requérants une somme pour frais et dépens.

Jurisprudence citée par la Cour

McVeigh et autres c. Royaume-Uni, n^{os} 8022/77, 8025/77 et 8027/77, rapport de la Commission du 18 mars 1981, Décisions et rapports 25

Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, série A n^o 82

Leander c. Suède, 26 mars 1987, série A n^o 116

Kruslin c. France, 24 avril 1990, série A n^o 176-A

Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, série A n^o 280-B

Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, avis de la Commission, série A n^o 280-B

Friedl c. Autriche, 31 janvier 1995, avis de la Commission, série A n^o 305-B

Kinnunen c. Finlande, n^o 24950/94, décision de la Commission du 15 mai 1996, non publiée

Z c. Finlande, 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I

T. c. Royaume-Uni [GC], n^o 24724/94, 16 décembre 1999

Amann c. Suisse [GC], n^o 27798/95, CEDH 2000-II

Rushiti c. Autriche, n^o 28389/95, 21 mars 2000

Rotaru c. Roumanie [GC], n^o 28341/95, CEDH 2000-V

Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [GC], n^o 30985/96, CEDH 2000-XI

Coster c. Royaume-Uni [GC], n^o 24876/94, 18 janvier 2001

Bensaid c. Royaume-Uni, n^o 44599/98, CEDH 2001-I

P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, n^o 44787/98, CEDH 2001-IX

Mikulić c. Croatie, n^o 53176/99, CEDH 2002-I

Pretty c. Royaume-Uni, n^o 2346/02, CEDH 2002-III

Peck c. Royaume-Uni, n° 44647/98, CEDH 2003-I
Y.F. c. Turquie, n° 24209/94, CEDH 2003-IX
Connors c. Royaume-Uni, n° 66746/01, 27 mai 2004
Ünal Tekeli c. Turquie, n° 29865/96, CEDH 2004-X
Sciacca c. Italie, n° 50774/99, CEDH 2005-I
Weber et Saravia c. Allemagne (déc.), n° 54934/00, CEDH 2006-XI
Van der Velden c. Pays-Bas (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV
Evans c. Royaume-Uni [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I
Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev
c. Bulgarie, n° 62540/00, 28 juin 2007
Dickson c. Royaume-Uni [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V
Liberty et autres c. Royaume-Uni, n° 58243/00, 1^{er} juillet 2008

En l'affaire S. et Marper c. Royaume-Uni,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Jean-Paul Costa, *président*,
Christos Rozakis,
Nicolas Bratza,
Peer Lorenzen,
Françoise Tulkens,
Josep Casadevall,
Giovanni Bonello,
Corneliu Bîrsan,
Nina Vajić,
Anatoly Kovler,
Stanislav Pavlovski,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Mark Villiger,
Päivi Hirvelä,
Ledi Bianku, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27 février et 12 novembre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 30562/04 et 30566/04) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, M. S. (« le premier requérant ») et M. Michael Marper (« le second requérant »), ont saisi la Cour le 16 août 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la Grande Chambre a accédé à la demande du premier requérant tendant à la non-divulgateion de son identité (article 47 § 3 du règlement).

2. Les requérants, qui ont été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, ont été représentés par M. P. Mahy, *solicitor*, du cabinet Howells de Sheffield. Le gouvernement britannique (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. J. Grainger, du ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth.

3. Les requérants se plaignaient, sous l'angle des articles 8 et 14 de la Convention, que les autorités eussent conservé leurs empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils génétiques après la conclusion, respectivement par un acquittement et par une décision de classement sans suite, des poursuites pénales menées contre eux.

4. Les requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 16 janvier 2007, elles ont été déclarées recevables par une chambre de ladite section composée de Josep Casadevall, président, Nicolas Bratza, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Stanislav Pavlovski, Ján Šikuta et Päivi Hirvelä, juges, et de Lawrence Early, greffier de section.

5. Le 10 juillet 2007, la chambre s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties, consultées à cet égard, ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire. Des tierces interventions ont également été reçues de M^{me} A. Fairclough, pour le compte de Liberty (*The National Council for Civil Liberties*), et du cabinet Covington & Burling, pour le compte de Privacy International. Les deux organisations avaient été autorisées par le président à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement). Les deux parties ont répondu aux observations de Liberty, le Gouvernement également à celles de Privacy International (article 44 § 5 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 27 février 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M ^{me} E. Willmott,	<i>agent,</i>
MM. Rabinder Singh QC,	
J. Strachan,	<i>conseils,</i>
N. Fussell,	
M ^{me} P. McFarlane,	
MM. M. Prior,	
S. Bramble,	
M ^{me} E. Rees,	
MM. S. Sen,	<i>conseillers,</i>
D. Gourley,	
D. Loveday,	<i>observateurs;</i>

– *pour les requérants*

MM. S. Cragg,

A. Suterwalla,

P. Mahy, *solicitor*,

conseils.

La Cour a entendu M. S. Cragg et M. Rabinder Singh en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par la Cour.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les requérants, nés respectivement en 1989 et en 1963, résident à Sheffield.

10. Le premier requérant, M. S., fut arrêté le 19 janvier 2001 et inculpé de tentative de vol avec violences. Il était alors âgé de onze ans. On releva ses empreintes digitales et on lui préleva des échantillons d'ADN¹. Il fut acquitté le 14 juin 2001.

11. Le second requérant, M. Michael Marper, fut arrêté le 13 mars 2001 et inculpé de harcèlement à l'égard de sa compagne. On releva ses empreintes digitales et on lui préleva des échantillons d'ADN. Avant la tenue de la réunion préalable au procès, il se réconcilia avec sa compagne, qui retira sa plainte. Le 11 juin 2001, le service des poursuites de la Couronne avisa les *solicitors* du requérant de son intention d'abandonner les poursuites, et le 14 juin l'affaire fut classée sans suite.

12. Chacun des requérants demanda que les empreintes digitales et échantillons d'ADN le concernant soient détruits, ce que la police refusa dans les deux cas. Les requérants sollicitèrent un contrôle juridictionnel des décisions de la police et, le 22 mars 2002, le Tribunal administratif (le *Lord Justice Rose* et le juge Leveson) rejeta leur demande ([2002] EWHC 478 (Admin)).

13. Le 12 septembre 2002, la Cour d'appel confirma la décision du Tribunal administratif par une majorité de deux voix (Lord Woolf,

1. Le sigle ADN est l'abréviation de «acide désoxyribonucléique». L'ADN est présent dans quasiment toutes les cellules de l'organisme et, de par l'information génétique dont il est porteur (sous forme d'un code ou langage), il détermine les caractéristiques physiques de l'individu et commande tous les processus chimiques dans le corps. L'ADN de chaque individu est unique, sauf dans le cas des vrais jumeaux. Les échantillons d'ADN sont des échantillons cellulaires conservés après analyse. Ce terme recouvre également les sous-échantillons et échantillons partiels. Les profils ADN sont des données numériques qui sont stockées sur support électronique dans la base de données ADN du Royaume-Uni avec des renseignements sur la personne à laquelle ces données se rapportent.

Chief Justice, et le *Lord Justice Waller*) contre une (le *Lord Justice Sedley*) ([2003] EWCA Civ 1275). Pour ce qui est de la nécessité de conserver les échantillons d'ADN, le *Lord Justice Waller* déclara :

« (...) les empreintes digitales et *profils* ADN ne révèlent que peu d'informations à caractère personnel. Les échantillons biologiques contiennent potentiellement des informations beaucoup plus nombreuses, plus personnelles et plus détaillées. On nous dit redouter que la science permette un jour une analyse des échantillons tellement poussée que l'on pourra obtenir des informations sur la propension d'un individu à commettre certaines infractions, et que, telle qu'elle est libellée aujourd'hui, la disposition en cause [l'article 82 de la loi de 2001 sur la justice pénale et la police] permettra de les utiliser à cet effet. On pourrait aussi dire que la loi risque d'être modifiée pour autoriser une utilisation des échantillons à des fins autres que celles décrites dans ledit article. On pourrait également avancer que, du moment que les échantillons sont conservés, il existe dès maintenant un risque qu'ils soient utilisés d'une manière non autorisée par la loi. Ainsi, nous dit-on, les objectifs recherchés pourraient être atteints de façon moins intrusive (...) Pourquoi ne pourrait-on les atteindre en conservant les profils mais non les échantillons ?

La réponse à ces arguments est à mon sens la suivante. Premièrement, la conservation d'échantillons permet a) de vérifier l'intégrité et l'utilité future du système de fichage des empreintes génétiques, b) de procéder à une nouvelle analyse en vue de l'amélioration des profils ADN en cas d'apparition d'une technologie nouvelle qui permettra d'augmenter le pouvoir discriminant du processus de comparaison de l'ADN, c) de procéder à une nouvelle analyse et ainsi d'extraire d'autres marqueurs ADN et donc d'offrir des avantages en matière de rapidité, de sensibilité et de coût des recherches dans la base de données, d) de procéder à une analyse complémentaire dans les cas d'allégations d'erreur judiciaire, et e) de procéder à une analyse complémentaire pour pouvoir identifier les erreurs éventuelles d'analyse ou de traitement. Tels sont les avantages qui doivent être mis en balance avec les risques cités par Liberty. Pour ce qui est de ces risques, notre position est en tout état de cause, premièrement, que toute modification de la loi devra être en elle-même conforme à la Convention, deuxièmement, que tout changement dans la pratique devra être conforme à la Convention, et, troisièmement, que l'illégalité ne doit pas être présumée. Il me paraît que dans ces conditions les risques mentionnés ne sont pas grands et que, tels qu'ils se présentent, ils sont compensés par les avantages obtenus dans le domaine de la poursuite et de la prévention des infractions pénales. »

14. Le *Lord Justice Sedley* considéra que le préfet de police devait exercer son pouvoir de détruire des données normalement conservées chaque fois, aussi rare cela pût-il être, qu'il avait l'intime conviction que l'individu concerné était exempt de tout soupçon. Il nota aussi que la différence entre la conservation d'échantillons d'ADN et celle de profils ADN tenait à ce que la première ménageait pour l'avenir la possibilité d'accroître les informations livrées par l'analyse initiale.

15. Le 22 juillet 2004, la Chambre des lords, saisie par les requérants, débouta les intéressés de leur recours. Lord Steyn, qui rendit l'arrêt au nom

de la majorité, retraça l'histoire de l'article 64 § 1A de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale (*Police and Criminal Evidence Act 1984* – «la loi de 1984»). Il rappela notamment que cette disposition avait été adoptée par le Parlement après que la population eut exprimé son inquiétude au sujet de la loi antérieure, qui disposait que l'échantillon prélevé sur une personne n'ayant ensuite pas été poursuivie ou ayant été acquittée devait être détruit et que les informations recueillies ne pouvaient être utilisées. Dans deux affaires, des preuves ADN convaincantes reliant un suspect à un viol et un autre à un meurtre n'avaient pu être utilisées car, à l'époque où les comparaisons avaient été établies, l'un des suspects avait été acquitté et l'autre avait bénéficié d'un non-lieu pour les infractions à l'occasion desquelles les profils ADN avaient été réalisés, en conséquence aucun des deux n'avait pu être condamné.

16. Lord Steyn releva que l'intérêt de conserver les empreintes digitales et les échantillons recueillis sur les suspects était considérable. Il cita en exemple une affaire de 1999 dans le cadre de laquelle les données ADN provenant de l'auteur d'un crime avaient été comparées avec celles de I. au moyen d'une recherche dans la base de données nationale. Or l'échantillon prélevé sur I., qui aurait dû être détruit, ne l'avait pas été. I. plaida coupable du chef de viol et fut condamné. Si l'échantillon n'avait pas été conservé par erreur, le criminel aurait pu passer entre les mailles du filet.

17. Lord Steyn se référa également à des données statistiques d'où il ressortait que près de 6 000 profils ADN avaient été reliés à des profils de traces recueillies sur les lieux d'infractions alors qu'ils auraient été détruits sous l'empire des dispositions antérieures. Parmi ces infractions on comptait 53 meurtres, 33 tentatives de meurtre, 94 viols, 38 infractions sexuelles, 63 vols qualifiés et 56 cas de fourniture de substances illicites. A partir des archives existantes, les statistiques du ministère de l'Intérieur estimaient à 40 % les chances qu'un échantillon recueilli sur les lieux d'une infraction concorde immédiatement avec un profil stocké dans la base de données. Pour Lord Steyn, cela montrait que les empreintes digitales et échantillons qui pouvaient désormais être conservés avaient joué au cours des trois dernières années un rôle majeur dans la détection et la poursuite des infractions graves.

18. Lord Steyn nota également que la loi de 1984 traitait séparément du prélèvement des empreintes digitales et des échantillons biologiques, de leur conservation et de leur utilisation.

19. Quant à l'analyse sur le terrain de la Convention, Lord Steyn précisa qu'il tendait à penser que le seul fait de conserver des empreintes digitales et des échantillons d'ADN ne constituait pas une atteinte au droit au respect de la vie privée, ajoutant que, s'il se trompait, l'ingérence éventuelle serait vraiment légère. La question de savoir s'il y avait un risque

que les échantillons conservés fussent utilisés à mauvais escient à l'avenir ne lui paraissait pas pertinente pour l'appréciation de l'utilisation actuelle d'échantillons conservés en vue de la détection et de la poursuite des infractions pénales. Si les évolutions scientifiques futures l'exigeaient, il serait possible quand le besoin s'en ferait sentir de rendre des décisions de justice pour assurer la compatibilité du système avec la Convention. Pour lui la disposition limitant à des « *fins en rapport avec* la prévention ou la détection des infractions pénales (...) » l'usage des éléments conservés n'élargissait pas indûment l'usage autorisé, car il était limité par le contexte.

20. Evoquant les cas où il se révélerait nécessaire de justifier la légère atteinte à la vie privée, Lord Steyn déclara souscrire à l'avis exprimé par le *Lord Justice* Sedley devant la Cour d'appel selon lequel le but de la conservation – à savoir la prévention des infractions pénales et la protection du droit d'autrui à ne pas être touché par la criminalité – était « prévu par la loi » au sens de l'article 8 de la Convention.

21. Quant à la question de la justification de toute ingérence quelle qu'elle fût, les requérants avaient avancé que la conservation d'empreintes digitales et d'échantillons d'ADN faisait peser des soupçons sur des personnes ayant bénéficié d'un acquittement. Le conseil du ministre de l'Intérieur avait quant à lui fait valoir que pareille conservation n'avait rien à voir avec le passé, c'est-à-dire avec l'infraction dont la personne avait été acquittée, mais visait à faciliter les enquêtes sur des infractions futures. La conservation de leurs échantillons d'ADN ne pouvait, selon eux, avoir de conséquences pour les requérants que si leur profil venait à concorder avec l'un de ceux qui pourraient être découverts à l'avenir sur les lieux d'une infraction. Lord Steyn estima que cinq facteurs amenaient à conclure que l'ingérence était proportionnée à l'objectif visé : a) les empreintes et échantillons étaient conservés exclusivement dans un but précis : la détection et la poursuite des infractions pénales et les enquêtes sur de telles infractions, b) les empreintes et échantillons n'étaient d'aucune utilité sans d'autres empreintes ou échantillons prélevés sur les lieux d'une infraction et avec lesquels les comparer, c) les empreintes n'étaient pas rendues publiques, d) il n'était pas possible à un œil non exercé d'identifier une personne à partir des éléments conservés, et e) l'augmentation de la taille de la base de données qui résultait de pareille conservation conférait d'énormes avantages dans la lutte contre les infractions graves.

22. En réponse à l'argument selon lequel le même objectif législatif pouvait être obtenu par des moyens moins intrusifs, à savoir par le biais d'un examen au cas par cas du point de savoir s'il convenait ou non de conserver

des empreintes et échantillons, Lord Steyn renvoya aux commentaires du *Lord Justice Waller* devant la Cour d'appel qui étaient ainsi formulés :

« [s]i la justification de la conservation doit si peu que ce soit être en relation avec le point de vue de la police sur le degré d'innocence, alors les personnes qui ont été acquittées et ont vu leurs échantillons conservés peuvent à bon droit dire que cela les stigmatise ou crée une discrimination à leur encontre et estimer que, bien qu'elles fassent partie d'un groupe de personnes acquittées et donc censées être innocentes, elles sont traitées comme des coupables. En réalité, on ne stigmatise nullement les personnes acquittées en disant simplement que la conservation des échantillons prélevés légalement constitue la norme, et il est dans l'intérêt public que la police dispose d'une base de données aussi large que possible dans le cadre de la lutte contre la criminalité. »

23. Lord Steyn considéra que la différence entre échantillons et profils ADN ne changeait rien à ce qu'il venait d'énoncer.

24. La Chambre des lords rejeta par ailleurs le grief des requérants selon lequel la conservation de leurs empreintes digitales et échantillons les soumettait à un traitement discriminatoire, contraire à l'article 14 de la Convention, par rapport à l'ensemble des personnes n'ayant pas dû se prêter au prélèvement de leurs empreintes digitales et d'échantillons biologiques par la police dans le cadre d'une enquête pénale. Lord Steyn estima que, même à supposer que la conservation des empreintes digitales et échantillons relevât de l'article 8, rendant par là l'article 14 applicable, la différence de traitement invoquée par les requérants ne se fondait sur aucune « situation » au sens de l'article 14, mais reflétait simplement le fait historique, indépendant de toute caractéristique personnelle, que les autorités détenaient déjà, après les avoir prélevés légalement, les empreintes digitales et échantillons d'ADN des individus concernés. D'après lui, les requérants et les personnes avec lesquelles ils étaient comparés ne pouvaient en tout état de cause passer pour se trouver dans une situation analogue. Lord Steyn ajouta qu'à supposer même que, contrairement à ce qu'il pensait, il fût nécessaire d'examiner la justification d'une éventuelle différence de traitement, une justification objective avait été établie : premièrement, il existait indéniablement un but légitime, puisque l'augmentation de la taille de la base de données contenant les empreintes digitales et échantillons servait l'intérêt public en permettant de détecter et poursuivre les infractions graves et de disculper les innocents et, deuxièmement, l'exigence de proportionnalité était remplie puisque l'article 64 § 1A de la loi de 1984 représentait objectivement une réponse mesurée et proportionnée au but du législateur consistant à lutter contre la grande criminalité.

25. La baronne Hale of Richmond se dissocia de la majorité, considérant que la conservation tant des données relatives aux empreintes digitales que

des données ADN s'analysait en une atteinte de l'Etat au droit au respect de la vie privée et appelait donc une justification au regard de la Convention. A son avis, il s'agissait là d'un aspect de la confidentialité des données personnelles. Or, selon elle, il n'y avait rien de plus privé et confidentiel pour un individu que la connaissance de sa constitution génétique. Elle estimait de plus que la distinction entre les informations relatives aux empreintes digitales et les données ADN revêtait une importance plus grande lorsqu'il s'agissait de justifier leur conservation, car la justification pouvait être très différente pour ces deux types de données. Cela étant, elle convenait avec la majorité que pareille justification avait été clairement établie dans le cas des deux requérants.

II. LE DROIT ET LES ÉLÉMENTS INTERNES PERTINENTS

A. Angleterre et pays de Galles

1. *La loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale*

26. La loi de 1984 définit les pouvoirs en matière de relevé d'empreintes digitales (essentiellement à l'article 61) et de prélèvement d'échantillons corporels (essentiellement à l'article 63). En vertu de l'article 61, les empreintes digitales ne peuvent être prises sans le consentement de la personne concernée que si un policier ayant au moins le grade de commissaire donne son autorisation ou si la personne a été inculpée d'une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police (*recordable offence*) ou a été informée qu'un rapport de police allait être dressé contre elle pour une telle infraction. Avant de prendre les empreintes, il faut informer la personne que celles-ci pourront être ressorties à l'occasion de recherches effectuées dans le cadre d'autres infractions et consigner aussitôt que possible que la personne a été avertie de cette éventualité. Le motif pour lequel les empreintes sont relevées est inscrit dans le registre de garde à vue. Des dispositions comparables s'appliquent au prélèvement d'échantillons corporels (article 63).

27. Pour ce qui est de la conservation des empreintes digitales et échantillons (et des mentions y relatives inscrites dans les registres), l'article 82 de la loi de 2001 sur la justice pénale et la police a amendé l'article 64 de la loi de 1984 qui énonce notamment :

« 1A. Lorsque a) des empreintes ou échantillons sont prélevés sur une personne dans le cadre de l'enquête sur une infraction, et b) l'alinéa 3) ci-dessous n'exige pas leur destruction, ces empreintes ou échantillons peuvent être conservés une fois qu'ils ont été employés dans le but prévu mais ne peuvent être utilisés par quiconque, sauf à

des fins en rapport avec la prévention ou la détection des infractions pénales, l'enquête sur une infraction ou la conduite de poursuites.

(...)

3. Si a) des empreintes ou échantillons sont prélevés sur une personne dans le cadre de l'enquête sur une infraction, et b) cette personne n'est pas soupçonnée d'avoir commis l'infraction en cause, ces empreintes ou échantillons doivent être détruits dès qu'ils ont été employés dans le but prévu, sauf dans les cas énoncés dans les dispositions suivantes du présent article.

3AA. L'alinéa 3) ci-dessus n'exige pas de détruire des empreintes et échantillons si a) ils ont été prélevés en vue de l'enquête sur une infraction dont une personne a été reconnue coupable, et b) un échantillon ou, suivant le cas, des empreintes, ont aussi été pris aux fins de cette enquête sur la personne reconnue coupable.»

28. Dans son libellé antérieur, l'article 64 prévoyait que si la personne dont les empreintes avaient été prises ou chez qui des échantillons avaient été prélevés dans le cadre de l'enquête sur une infraction était acquittée, ces empreintes ou échantillons devaient, sous réserve de certaines exceptions, être détruits « aussitôt que possible après la clôture de la procédure ».

29. L'utilisation ultérieure d'éléments conservés au titre de l'article 64 § 1A n'est pas régie par la loi en dehors de la limitation prévue dans cette disposition. Dans l'affaire *Attorney General's Reference (n° 3 of 1999)* ([2001] 2 AC 91), la Chambre des lords a eu à se pencher sur la question de savoir si l'on pouvait autoriser l'utilisation comme preuve d'un échantillon qui aurait dû être détruit conformément au texte de l'article 64 alors en vigueur. La haute juridiction a considéré que l'interdiction d'utiliser « aux fins de quelque enquête que ce soit » un échantillon conservé illégalement ne s'analysait pas en une obligation impérative d'écarter des éléments de preuve obtenus à la suite de l'inobservation de cette interdiction, et a laissé la question de l'admissibilité de pareils éléments à l'appréciation du juge du fond.

2. *La loi de 1998 sur la protection des données*

30. La loi de 1998 sur la protection des données (« la loi de 1998 ») a été adoptée le 16 juillet 1998 pour donner effet à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (paragraphe 50 ci-dessous). Dans le cadre de cette loi, les termes « données à caractère personnel » désignent les données relatives à un individu vivant pouvant être identifié a) à partir de ces données, ou b) à partir de ces données et d'autres informations qui se trouvent ou sont susceptibles de tomber

en possession du responsable du traitement et comportent un avis sur l'individu et une indication des intentions du responsable du traitement ou de toute autre personne à l'égard de l'individu en question (article 1). L'expression « données à caractère personnel sensibles » désigne les données à caractère personnel relevant, entre autres, des informations sur l'origine raciale ou ethnique de la personne concernée, sur les infractions commises ou supposées avoir été commises par elle, sur les procédures éventuellement engagées pour ces infractions, ou sur leur issue, notamment sur les peines éventuellement prononcées par les tribunaux (article 2).

31. La loi de 1998 dispose que le traitement des données à caractère personnel est soumis à huit principes de protection énumérés en son annexe 1. Le premier exige que les données à caractère personnel soient traitées de manière loyale et licite et, surtout, qu'elles ne soient traitées que si a) au moins l'une des conditions prévues à l'annexe 2 est remplie, et b) pour les données à caractère personnel sensibles, au moins l'une des conditions prévues à l'annexe 3 est aussi remplie. L'annexe 2 contient une liste précise de conditions et prévoit notamment que le traitement de toute donnée à caractère personnel doit être nécessaire pour l'administration de la justice ou pour l'exercice de toute autre fonction de nature publique exercée par toute personne dans l'intérêt public (§ 5 a) et d)). L'annexe 3 contient une liste plus détaillée de conditions, dont celle que le traitement des données à caractère personnel sensibles soit nécessaire aux fins d'une procédure en justice ou en liaison avec une telle procédure (§ 6 a)) ou pour l'administration de la justice (§ 7 a)), et qu'il s'effectue dans le respect de garanties propres à protéger de manière adéquate les droits et libertés des personnes concernées (§ 4 b)). L'article 29 prévoit notamment que le premier principe ne s'applique pas aux données à caractère personnel traitées dans un but de prévention ou de détection des infractions pénales sauf pour autant qu'il exige le respect des conditions énoncées aux annexes 2 et 3. Selon le cinquième principe, les données à caractère personnel traitées dans un ou des buts donnés ne doivent pas être conservées pendant une durée supérieure à ce qui est nécessaire pour atteindre ce ou ces buts.

32. Le commissaire aux informations, dont la fonction a été créée par la loi de 1998 (dans sa version amendée), a un rôle indépendant consistant à promouvoir le respect de bonnes pratiques par les responsables du traitement des données ; il a le pouvoir d'émettre des instructions (*enforcement notices*) à cet égard (article 40). La loi érige en infraction l'inobservation de pareilles instructions (article 47) et le fait d'obtenir ou de divulguer des données ou informations à caractère personnel s'y trouvant contenues sans le

consentement du responsable de leur traitement (article 55). L'article 13 énonce le droit de demander des dommages et intérêts devant les juridictions internes en cas d'infractions aux dispositions de la loi.

3. *Les directives de 2006 relatives à la conservation des fichiers nominatifs de l'ordinateur national de la police*

33. Les directives de 2006 relatives à la conservation des fichiers nominatifs de l'ordinateur national de la police, rédigées par l'association des commissaires de police d'Angleterre et du pays de Galles (*Association of Chief Police Officers in England and Wales*), contiennent un ensemble d'indications pour la conservation des informations concernant les empreintes digitales et génétiques. Ces directives se fondent sur le principe de la limitation de l'accès aux données contenues dans l'ordinateur national de la police plutôt que sur la suppression de ces données. Elles reconnaissent que leur adoption est ainsi susceptible d'avoir des conséquences sur le fonctionnement des services extérieurs à la police avec lesquels celle-ci partage actuellement les données contenues dans cet ordinateur.

34. Les directives fixent, à travers un système d'accès dégressif, divers degrés d'accès aux informations contenues dans l'ordinateur national de la police. L'accès aux informations concernant les personnes non condamnées est automatiquement restreint de sorte que ces informations ne puissent être consultées que par la police. De même, l'accès aux informations concernant les personnes condamnées est restreint à l'expiration de délais allant de cinq à trente-cinq ans, selon la gravité de l'infraction, l'âge du suspect et la peine infligée. Pour certaines condamnations, l'accès n'est jamais restreint.

35. Les commissaires de police sont les responsables du traitement des données pour tous les fichiers de l'ordinateur central créés par leurs services. Ils ont le pouvoir, dans des circonstances exceptionnelles, d'autoriser l'effacement de toute donnée (condamnation, contravention pour trouble à l'ordre public, acquittement ou historique des arrestations) « possédée » par eux. Une « procédure à suivre en cas exceptionnel » destinée à aider les commissaires dans l'exercice de ce pouvoir se trouve définie à l'annexe 2. Celle-ci indique que les cas exceptionnels sont par définition rares et qu'il s'agit de ceux où l'arrestation ou le prélèvement d'échantillons étaient à l'origine illégaux ou de ceux pour lesquels il est établi au-delà de tout doute qu'aucune infraction n'a été commise. Consigne est donnée aux commissaires, avant qu'ils décident qu'un cas est exceptionnel, de demander conseil à l'unité chargée du projet de conservation des données ADN et des empreintes digitales.

B. Ecosse

36. En vertu de la loi écossaise de 1995 sur la procédure pénale, telle qu'amendée par la suite, les échantillons d'ADN et les profils qui en sont tirés doivent être détruits si l'individu n'est pas condamné ou s'il bénéficie d'une dispense de peine inconditionnelle. Selon une modification récente, les échantillons biologiques et les profils peuvent être conservés pendant trois ans si la personne arrêtée est soupçonnée de certaines infractions sexuelles ou avec violences, et ce même si elle n'est pas condamnée (article 83 de la loi de 2006, qui a ajouté un article 18A à la loi de 1995). Au-delà, les échantillons et informations doivent être détruits sauf si un préfet de police demande à un *sheriff* une prolongation de deux ans du délai.

C. Irlande du Nord

37. La loi de 1989 sur la police et les preuves en matière pénale pour l'Irlande du Nord a été amendée en 2001 dans le même sens que la loi du même nom applicable en Angleterre et au pays de Galles. Les dispositions qui régissent actuellement la conservation des données relatives aux empreintes digitales et génétiques en Irlande du Nord sont identiques à celles en vigueur en Angleterre et au pays de Galles (paragraphe 27 ci-dessus).

D. Rapport du Nuffield Council on Bioethics¹

38. D'après un rapport récent du Nuffield Council on Bioethics, la conservation d'empreintes digitales, de profils ADN et d'échantillons biologiques est en général plus controversée que le prélèvement de telles informations biologiques, et la conservation d'échantillons biologiques soulève des préoccupations d'ordre éthique plus grandes que celle de profils ADN et d'empreintes digitales numérisés, en raison de la différence quant à l'ampleur des informations pouvant être révélées. Le rapport fait notamment état de l'absence de preuves empiriques satisfaisantes permettant de justifier la pratique actuelle consistant à conserver indéfiniment les empreintes digitales, échantillons et profils ADN de toutes les personnes arrêtées pour une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police, que ces personnes soient ou non par la suite inculpées ou condamnées. Le rapport exprime des préoccupations particulières à propos de la politique consistant à conserver indéfiniment les informations biologiques relatives à des mineurs

1. Le Nuffield Council on Bioethics est un organisme indépendant, composé de médecins cliniciens, juristes, philosophes, scientifiques et théologiens, créé par la Fondation Nuffield en 1991. Le rapport en question est paru le 18 septembre 2007 sous le titre « *The forensic use of bioinformation: ethical issues* » (« L'usage des informations biologiques en criminalistique : questions d'éthique »).

eu égard aux exigences de la Convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant.

39. Le rapport voit également matière à inquiétude dans l'utilisation croissante des données ADN pour la « recherche familiale », la détermination de l'origine ethnique et les recherches non opérationnelles. La recherche familiale est l'opération consistant à comparer un profil ADN provenant du lieu d'une infraction avec les profils enregistrés dans la base de données nationale et à les classer en fonction de leur degré de concordance. Cette opération permet d'identifier les personnes génétiquement apparentées à un contrevenant. La recherche familiale peut donc conduire à révéler des relations génétiques demeurées jusqu'alors inconnues ou cachées. Le rapport considère que l'utilisation de la base de données ADN pour la recherche des personnes apparentées est une question particulièrement sensible.

40. La combinaison particulière des allèles¹ dans un profil ADN peut de plus être utilisée pour évaluer l'origine ethnique la plus probable du donneur. Il est possible de déduire l'origine ethnique à partir des profils ADN étant donné que l'« apparence ethnique » individuelle est toujours consignée dans la base de données : lorsqu'ils prélèvent des échantillons biologiques, les policiers classent systématiquement les suspects dans l'une des sept catégories d'« apparence ethnique ». Des tests d'origine ethnique effectués dans la base de données peuvent donc fournir par déduction des

informations exploitables lors d'enquêtes de police, par exemple pour aider à réduire le nombre de suspects et à hiérarchiser les priorités de la police. Le rapport indique que les facteurs sociaux et les pratiques policières aboutissent à ce qu'un nombre disproportionné de membres de la population noire et de groupes ethniques minoritaires sont interpellés, fouillés et arrêtés par la police, et voient donc leur profil ADN enregistré. D'où la crainte, exprimée dans le rapport, de voir la possibilité de déduire l'identité ethnique à partir d'échantillons biologiques aboutir à un renforcement des théories racistes quant à la propension à commettre des infractions.

III. LES ÉLÉMENTS NATIONAUX ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Les textes du Conseil de l'Europe

41. La Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère

1. Allèle : l'un quelconque des deux gènes différant par leur expression phénotypique bien que leur fonction soit la même, localisés au même site sur chaque membre d'une paire de chromosomes homologues (définition du Petit Robert).

personnel (« la Convention sur la protection des données »), entrée en vigueur au Royaume-Uni le 1^{er} décembre 1987, définit les « données à caractère personnel » comme toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (« personne concernée »). La Convention énonce notamment :

Article 5 – Qualité des données

« Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont :

(...)

b. enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités ;

c. adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ;

(...)

e. conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. »

Article 6 – Catégories particulières de données

« Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées. (...) »

Article 7 – Sécurité des données

« Des mesures de sécurité appropriées sont prises pour la protection des données à caractère personnel enregistrées dans des fichiers automatisés contre la destruction accidentelle ou non autorisée, ou la perte accidentelle, ainsi que contre l'accès, la modification ou la diffusion non autorisés. »

42. La Recommandation n°R (87) 15 du Comité des Ministres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police (adoptée le 17 septembre 1987) dispose notamment :

Principe 2 – Collecte des données

« 2.1. La collecte de données à caractère personnel à des fins de police devrait se limiter à ce qui est nécessaire à la prévention d'un danger concret ou à la répression d'une infraction pénale déterminée. Toute exception à cette disposition devrait faire l'objet d'une législation nationale spécifique.

(...) »

Principe 3 – Enregistrement des données

« 3.1. Dans la mesure du possible, l'enregistrement de données à caractère personnel à des fins de police ne devrait concerner que des données exactes et se limiter aux données nécessaires pour permettre aux organes de police d'accomplir leurs tâches légales dans le cadre du droit interne et des obligations découlant du droit international.

(...)»

Principe 7 – Durée de conservation et mise à jour des données

« 7.1. Des mesures devraient être prises pour que les données à caractère personnel conservées à des fins de police soient effacées si elles ne sont plus nécessaires aux fins pour lesquelles elles avaient été enregistrées.

A cette fin, il convient notamment de prendre en considération les critères suivants : nécessité de garder des données à la lumière des conclusions d'une enquête pour un cas donné ; prononcé d'une décision définitive et notamment acquittement ; réhabilitation ; prescription ; amnistie ; âge de la personne concernée ; catégories particulières de données.

(...)»

43. La Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale (adoptée le 10 février 1992) énonce notamment :

3. Utilisation des échantillons et des informations qui en découlent

« Les échantillons prélevés pour effectuer des analyses de l'ADN et les informations dégagées de ces analyses aux fins d'enquêtes et de poursuites pénales ne doivent pas non plus être utilisés à d'autres fins. (...) »

L'utilisation d'échantillons prélevés pour effectuer des analyses de l'ADN, et des informations ainsi recueillies, peut s'imposer à des fins de recherche et de statistiques. Une telle utilisation est admissible à condition que l'identité de l'individu en cause ne puisse être établie. Aussi faut-il au préalable retirer de ces échantillons et de ces informations les noms des intéressés et les autres mentions permettant de les identifier. »

4. Prélèvement d'échantillons aux fins d'analyse de l'ADN

« Le prélèvement d'échantillons aux fins d'analyse de l'ADN ne devrait être effectué que dans des circonstances déterminées par le droit interne, étant entendu que dans certains Etats, un tel prélèvement soit subordonné à l'autorisation expresse d'une autorité judiciaire. (...) »

8. Conservation des échantillons et des données

« Les échantillons prélevés sur le corps d'individus aux fins d'analyse de l'ADN ne doivent pas être conservés une fois que la décision finale a été rendue dans l'affaire en vue de laquelle ils ont été utilisés, à moins qu'une telle conservation ne s'impose pour des besoins directement liés à ceux en vue desquels ils ont été prélevés.

Il faut veiller à effacer les données des analyses de l'ADN et les informations obtenues au moyen de ces analyses dès lors qu'il n'est plus nécessaire de les conserver aux fins en vue desquelles elles ont été utilisées. Les données des analyses de l'ADN et les informations ainsi recueillies peuvent toutefois être conservées lorsque l'intéressé a été reconnu coupable d'infractions graves portant atteinte à la vie, à l'intégrité ou à la sécurité des personnes. En prévision de tels cas, la législation nationale devrait fixer des délais précis de conservation.

Les échantillons et autres tissus humains, ou les informations qui en découlent, peuvent être conservés pour de plus longues périodes :

- lorsque la personne concernée le demande ; ou
- lorsque l'échantillon ne peut être attribué à une personne, par exemple lorsqu'il est trouvé sur le lieu de l'infraction.

Dans les cas où la sûreté de l'Etat est en cause, le droit interne peut permettre la conservation des échantillons, des résultats de l'analyse de l'ADN et de l'information qui en découle, même si la personne concernée n'a pas été inculpée ou condamnée pour une infraction. En prévision de tels cas, la législation nationale devrait fixer des délais précis de conservation. (...)»

44. Le rapport explicatif relatif à la recommandation précitée indique, en ce qui concerne le point 8 de celle-ci :

«47. Le groupe de travail, tout à fait conscient des difficultés de rédaction de la recommandation 8, parce qu'elle met en jeu divers intérêts protégés, de nature très sensible, a estimé nécessaire de trouver un juste équilibre entre ces intérêts. La Convention européenne des droits de l'homme et la Convention sur la protection des données prévoient, toutes deux, des exceptions dans les domaines de la répression des infractions pénales et de la protection des droits et libertés des tiers. Les exceptions ne sont toutefois admises que dans la mesure où elles sont compatibles avec ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

(...)

49. Puisque l'objectif premier de la collecte d'échantillons et de la conduite d'analyses d'ADN sur ces échantillons est l'identification des délinquants et la disculpation des suspects, les données devront être effacées dès que les suspects auront été innocentés. La question se pose alors de savoir combien de temps les informations obtenues par analyse de l'ADN, ainsi que les échantillons sur lesquels elles s'appuient, peuvent être conservés en cas de découverte de culpabilité.

50. Le principe général est que les informations sont effacées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires aux fins pour lesquelles elles ont été recueillies et utilisées. Ceci serait généralement le cas lorsqu'une décision finale concernant la culpabilité de l'auteur a été rendue. Par « décision finale », le CAHBI [Comité *ad hoc* d'experts sur la bioéthique] entend couvrir normalement, en droit national, une décision judiciaire.

Le groupe de travail a toutefois reconnu la nécessité de constituer des bases de données dans certains cas et pour certaines catégories d'infractions, qui peuvent être

considérés comme constituant des circonstances justifiant d'autres solutions, en raison de leur gravité. Il est parvenu à cette conclusion après une analyse approfondie des dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Convention sur la protection des données et d'autres instruments juridiques élaborés dans le cadre du Conseil de l'Europe. En outre, il a examiné la possibilité que tous les Etats membres instaurent un système de casier judiciaire pouvant être utilisé pour les besoins du système de justice pénale (...) En conséquence, il a admis que l'on pouvait constituer des banques de données, à titre exceptionnel et à certaines conditions strictes, à savoir :

- lorsqu'il y a eu condamnation ;
- lorsque celle-ci est due à une infraction grave, à l'encontre de la vie, l'intégrité ou la sécurité d'une personne ;
- lorsque la période de conservation des données est strictement limitée ;
- lorsque la conservation est définie et réglementée ;
- lorsqu'elle fait l'objet d'un contrôle du Parlement ou d'un organe indépendant. »

B. Le droit et la pratique dans les Etats membres du Conseil de l'Europe

45. D'après les informations fournies par les parties ou dont la Cour dispose par ailleurs, la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe autorisent le prélèvement obligatoire des empreintes digitales et d'échantillons de cellules dans le cadre de procédures pénales. Au moins vingt Etats membres sont dotés d'une législation prévoyant le prélèvement de données ADN et leur stockage dans leurs bases de données nationales ou sous une autre forme (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande¹, Italie², Lettonie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Suède et Suisse). Le nombre de pays dans ce cas est en constante augmentation.

46. Dans la plupart de ces pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Pologne et Suède), le prélèvement de données ADN dans le cadre de procédures pénales n'est pas systématique mais se limite à certaines

1. Le droit et la pratique sont actuellement régis en Irlande par la loi de 1990 sur les preuves scientifiques en matière pénale. Un nouveau projet de loi visant à étendre l'usage et le stockage des données ADN dans la base de données nationale a été approuvé par le gouvernement mais n'a pas encore reçu l'aval du Parlement.

2. Le décret-loi du 30 octobre 2007 portant création d'une base de données ADN nationale a été approuvé par le gouvernement italien et le Sénat mais est parvenu à expiration sans avoir pu être formellement converti en loi en raison de la découverte d'une erreur de rédaction. Une version corrigée de ce texte devrait être édictée en 2008.

circonstances particulières et/ou aux infractions les plus graves, en particulier celles punies de certaines peines d'emprisonnement.

47. Le Royaume-Uni est le seul Etat membre à autoriser expressément la conservation systématique et pour une durée illimitée des profils ADN et échantillons cellulaires des personnes ayant bénéficié d'un acquittement ou de l'abandon des poursuites. Dans cinq Etats (Belgique, Hongrie, Irlande, Italie et Suède), ces données doivent être détruites d'office à la suite d'un acquittement ou de l'abandon des poursuites. Dix autres Etats appliquent cette même règle en l'assortissant de certaines exceptions très limitées : l'Allemagne, le Luxembourg et les Pays-Bas autorisent la conservation lorsqu'il subsiste des soupçons à l'égard de la personne ou qu'un complément d'enquête est nécessaire dans une affaire distincte ; l'Autriche la permet lorsqu'il y a un risque que la personne soupçonnée commette une infraction grave et la Pologne fait de même mais seulement pour certaines infractions graves ; l'Espagne et la Norvège autorisent la conservation de profils si la personne est acquittée après avoir été reconnue pénalement irresponsable ; le Danemark et la Finlande autorisent la conservation respectivement pendant un an et dix ans en cas d'acquittement, et la Suisse la permet pendant un an en cas d'abandon des poursuites. En France, les profils ADN peuvent être conservés pendant vingt-cinq ans après un acquittement ou l'abandon des poursuites. Le procureur de la République peut ordonner leur suppression avant l'expiration de ce délai, soit d'office soit sur demande si la conservation n'est plus nécessaire à des fins d'identification dans le cadre de poursuites pénales. Il apparaît aussi que l'Estonie et la Lettonie autorisent la conservation des profils ADN de suspects pendant une certaine période après un acquittement.

48. La conservation des profils ADN de personnes condamnées est autorisée, en règle générale, pendant une durée limitée après la condamnation ou après le décès du condamné. Il apparaît donc que le Royaume-Uni est aussi le seul Etat membre à autoriser expressément la conservation systématique et illimitée à la fois des profils et des échantillons relatifs aux personnes condamnées.

49. La plupart des Etats membres offrent des mécanismes de recours devant des organes de contrôle de la protection des données et/ou devant les tribunaux s'agissant des décisions de prélever des échantillons cellulaires ou de conserver des échantillons ou des profils ADN.

C. L'Union européenne

50. La Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation

de ces données indique que l'objet des législations nationales relatives au traitement des données à caractère personnel est d'assurer le respect notamment du droit à la vie privée reconnu également à l'article 8 de la Convention et dans les principes généraux du droit communautaire. Cette directive énonce un certain nombre de principes qui précisent et amplifient ceux contenus dans la Convention sur la protection des données. Elle autorise les Etats membres à prendre des mesures législatives visant à limiter la portée de certains des droits et obligations qui y sont prévus, notamment lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire à la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales (article 13).

51. Le traité de Prüm relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, signé par plusieurs Etats membres de l'Union européenne le 27 mai 2005, énonce des règles concernant la transmission des données dactyloscopiques et ADN aux autres parties contractantes et leur comparaison automatique avec leurs bases de données pertinentes. Il dispose notamment :

Article 35 – Finalité de l'utilisation

«2. (...) La Partie contractante gestionnaire du fichier ne peut traiter les données qui lui ont été transmises (...) que si ce traitement est nécessaire en vue de réaliser une comparaison, de répondre par la voie automatisée à la demande ou de faire la journalisation (...) A l'issue de la comparaison ou de la réponse automatisée à la demande, les données transmises sont effacées sans délai à moins que la poursuite du traitement en vue des finalités mentionnées [ci-dessus] ne soit nécessaire.»

52. L'article 34 garantit un niveau de protection des données à caractère personnel correspondant au moins à celui résultant de la Convention sur la protection des données et demande aux Etats contractants de tenir compte de la Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

53. La Décision-cadre du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, adoptée le 27 novembre 2008, contient notamment la disposition suivante :

Article 5

Fixation de délais d'effacement et de vérification

«Des délais appropriés sont prévus pour effacer les données à caractère personnel ou vérifier régulièrement s'il est nécessaire de conserver les données. Des règles procédurales permettent d'assurer le respect de ces délais.»

D. La jurisprudence dans d'autres pays

54. Dans l'affaire R. c. R.C. ([2005] 3 R.C.S. 99, 2005 CSC 61), la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la conservation dans la base de données nationale de l'échantillon d'ADN d'un mineur primo-délinquant. La Cour suprême a confirmé la décision de la juge du fond qui avait conclu, à la lumière des principes et objectifs de la législation pénale applicable aux mineurs, que l'effet de la conservation des données ADN serait nettement disproportionné. Dans son opinion, le juge Fish a déclaré ce qui suit :

«Toutefois, ce qui est plus préoccupant, c'est l'effet de l'ordonnance de prélèvement génétique sur le droit de l'individu à la vie privée en ce qui touche les renseignements personnels. Dans R. c. Plant, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293, la Cour a statué que l'article 8 de la Charte protégeait des «renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'Etat». L'ADN d'une personne renferme, «au plus haut degré, des renseignements personnels et privés»: S.A.B., § 48. Contrairement à une empreinte digitale, il peut révéler les détails les plus intimes de la composition biologique d'une personne (...) Le prélèvement et la conservation d'un échantillon d'ADN ne sont pas anodins et, en l'absence d'un intérêt public impérieux, ils constitueraient foncièrement une grave atteinte au droit à la vie privée en ce qui concerne tant l'intimité de la personne que ses renseignements personnels.»

E. La Convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant

55. L'article 40 de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 énonce que tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale a droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

IV. LES OBSERVATIONS DES TIERCES PARTIES

56. Le National Council for Civil Liberties («Liberty») a soumis certains éléments jurisprudentiels et scientifiques illustrant notamment le caractère hautement sensible des échantillons cellulaires et profils ADN et les conséquences sur la vie privée qu'entraîne leur conservation par les autorités.

57. Privacy International a invoqué certains principes et règles fondamentaux en matière de protection des données élaborés par le Conseil

de l'Europe et insiste sur la grande pertinence qu'ils ont, à son sens, pour l'interprétation de l'exigence de proportionnalité découlant de l'article 8 de la Convention. Cette organisation a en particulier souligné que la Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe préconise des durées précises pour la conservation des échantillons cellulaires et profils ADN. Elle a ajouté que certains groupes de la population, notamment les jeunes, sont représentés de manière disproportionnée au sein de la base nationale de données ADN du Royaume-Uni et que cette situation est susceptible de créer une iniquité. Elle s'est également dite préoccupée par l'utilisation des données pour des recherches familiales et d'autres types de recherches. Elle a fourni un résumé des données comparatives sur le droit et la pratique dans différents pays s'agissant du stockage de données ADN et relevé l'existence de nombreuses limitations et garanties dans ce domaine.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

58. Les requérants se plaignent de la conservation, sur le fondement de l'article 64 § 1A de la loi de 1984 sur la police et les preuves en matière pénale (« la loi de 1984 »), de leurs empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils génétiques. Ils y voient une violation de l'article 8 de la Convention, qui dispose :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée (...)

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales (...)

A. Existence d'une ingérence dans la vie privée

59. La Cour recherchera tout d'abord si la conservation par les autorités des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des requérants peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée des intéressés.

1. Les arguments des parties

a) Les requérants

60. Les requérants soutiennent que la conservation de leurs empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN est constitutive d'une atteinte

à leur droit au respect de leur vie privée. Les éléments en question seraient en effet étroitement liés à leur identité individuelle et représenteraient une catégorie de données à caractère personnel dont ils seraient en droit de garder le contrôle. Ils rappellent que le prélèvement initial de pareilles informations biologiques a toujours été considéré comme faisant entrer en jeu l'article 8 et arguent que leur conservation est encore plus sujette à controverse vu la profusion d'informations privées qui sont ainsi mises en permanence à la disposition d'autrui et échappent au contrôle de la personne concernée. Ils soulignent en particulier la stigmatisation sociale et les conséquences psychologiques que provoquent selon eux la conservation de telles informations lorsqu'il s'agit d'enfants, raison pour laquelle l'atteinte au droit au respect de la vie privée serait encore plus forte en ce qui concerne le premier requérant.

61. Ils voient une corroboration de leur thèse dans la jurisprudence des organes de la Convention, de même que dans une décision récemment adoptée par le Tribunal de l'information au Royaume-Uni (*Chief Constables of West Yorkshire, South Yorkshire and North Wales Police v. the Information Commissioner*, [2005] UK IT EA 2005 0010 (12 octobre 2005), 173). Cette décision se serait appuyée sur l'opinion exprimée par la baronne Hale of Richmond lors de la procédure devant la Chambre des lords (paragraphe 25 ci-dessus) et aurait repris en substance sa conclusion pour trancher une question similaire concernant l'application de l'article 8 à la conservation de données relatives à des condamnations.

62. Les requérants considèrent que la conservation d'échantillons cellulaires s'analyse en une atteinte plus prononcée encore aux droits garantis par l'article 8, pareils échantillons contenant le patrimoine génétique de la personne concernée ainsi que des informations génétiques sur ses proches parents. La question ne serait pas de savoir si des données ont effectivement été extraites des échantillons ou si elles ont causé un préjudice dans un cas particulier, toute personne ayant droit à la garantie que de telles informations faisant partie d'elle-même demeureront privées et ne seront pas communiquées ou rendues accessibles à autrui sans son autorisation.

b) Le Gouvernement

63. Le Gouvernement admet que les empreintes digitales, profils ADN et échantillons sont des « données à caractère personnel » au sens de la loi de 1998 sur la protection des données, qui se trouvent entre les mains de personnes en mesure d'identifier les individus concernés. Il considère toutefois que la seule conservation des empreintes digitales, profils ADN et échantillons aux fins de l'usage limité autorisé par l'article 64 de la loi de 1984 ne relève pas du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 § 1

de la Convention. A la différence du prélèvement, la conservation de ces données ne porterait pas atteinte à l'intégrité physique et psychologique de la personne et ne méconnaîtrait pas non plus le droit à l'épanouissement personnel, le droit de nouer et développer des relations avec ses semblables ni le droit à l'autodétermination.

64. Le Gouvernement estime qu'en réalité les requérants craignent les utilisations qui pourraient être faites à l'avenir des échantillons stockés, l'apparition de nouvelles méthodes d'analyse des données ADN et le risque d'intervention dans la vie privée des individus par l'intermédiaire d'une surveillance active. Il souligne à cet égard que le champ d'utilisation de ces données est expressément et clairement limité par le cadre législatif, les procédés technologiques d'extraction des profils ADN et la nature des profils ADN obtenus.

65. Un profil ADN ne serait rien de plus qu'une suite de chiffres permettant d'identifier une personne à partir d'échantillons cellulaires et il ne contiendrait aucune information de nature intrusive sur l'individu concerné ou sa personnalité. La base de données ADN serait une collection de profils ADN, lesquels pourraient être ressortis à l'occasion de recherches effectuées à partir d'éléments recueillis sur les lieux d'infractions. Une personne ne serait identifiée que dans le cas d'une concordance de son profil avec l'un de ces éléments et dans la mesure de cette concordance. On ne procéderait à des recherches familiales à partir de concordances partielles que dans des cas extrêmement rares et strictement encadrés. Les empreintes digitales, profils ADN et échantillons ne se prêteraient à aucun commentaire subjectif et ils ne fourniraient pas la moindre information quant aux activités d'une personne; ils ne risqueraient donc nullement de modifier la perception que l'on peut avoir d'un individu ni de porter atteinte à sa réputation. A supposer même que la conservation de pareils éléments soit susceptible de tomber dans le champ d'application de l'article 8 § 1 de la Convention, le caractère extrêmement limité de ses conséquences négatives éventuelles obligerait à conclure que cette conservation n'est pas suffisamment grave pour s'analyser comme une ingérence.

2. L'appréciation de la Cour

a) Principes généraux

66. La Cour rappelle que la notion de «vie privée» est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III, et *Y.F. c. Turquie*, n° 24209/94, § 33, CEDH 2003-IX). Elle peut donc englober de multiples aspects de l'identité physique et sociale

d'un individu (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, entre autres, *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I et les références qui y sont citées, et *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 57, CEDH 2003-I). Au-delà du nom, la vie privée et familiale peut englober d'autres moyens d'identification personnelle et de rattachement à une famille (voir, *mutatis mutandis*, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 24, série A n° 280-B, et *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, § 42, CEDH 2004-X). Les informations relatives à la santé d'une personne constituent un élément important de sa vie privée (*Z c. Finlande*, 25 février 1997, § 71, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I). La Cour estime de plus que l'identité ethnique d'un individu doit aussi être considérée comme un élément important de sa vie privée (voir notamment l'article 6 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel («la Convention sur la protection des données»), cité au paragraphe 41 ci-dessus, qui fait entrer les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, avec d'autres informations sensibles sur l'individu, parmi les catégories particulières de données ne pouvant être conservées que moyennant des garanties appropriées). L'article 8 de la Convention protège en outre un droit à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur (voir, par exemple, *Burghartz*, précité, avis de la Commission, § 47, et *Friedl c. Autriche*, 31 janvier 1995, avis de la Commission, § 45, série A n° 305-B). La notion de vie privée comprend par ailleurs des éléments se rapportant au droit à l'image (*Sciacca c. Italie*, n° 50774/99, § 29, CEDH 2005-I).

67. Le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 (*Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 48, série A n° 116). Peu importe que les informations mémorisées soient ou non utilisées par la suite (*Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, § 69, CEDH 2000-II). Toutefois, pour déterminer si les informations à caractère personnel conservées par les autorités font entrer en jeu l'un des aspects de la vie privée précités, la Cour tiendra dûment compte du contexte particulier dans lequel ces informations ont été recueillies et conservées, de la nature des données consignées, de la manière dont elles sont utilisées et traitées et des résultats qui peuvent en être tirés (voir, *mutatis mutandis*, *Friedl*, précité, avis de la Commission, §§ 49-51, et *Peck*, précité, § 59).

b) Application des principes précités au cas d'espèce

68. La Cour note d'emblée que les trois catégories d'informations personnelles conservées par les autorités au sujet des deux requérants, à savoir des empreintes digitales, des profils ADN et des échantillons cellulaires, constituent toutes des données à caractère personnel au sens de la Convention sur la protection des données car elles se rapportent à des individus identifiés ou identifiables. Le Gouvernement admet de son côté que dans les trois cas il s'agit de « données à caractère personnel », au sens de la loi de 1998 sur la protection des données, qui se trouvent entre les mains de personnes en mesure d'identifier les individus concernés.

69. Les organes de la Convention se sont déjà penchés à diverses reprises, dans le contexte de procédures pénales, sur des questions se rapportant à la conservation par les autorités de telles données à caractère personnel. Pour ce qui est de la nature et de la portée des informations contenues dans chacune des trois catégories de données, la Cour a par le passé établi une distinction entre la conservation des empreintes digitales et celle des échantillons cellulaires et profils ADN au motif que les informations personnelles contenues dans ces deux dernières catégories se prêtent davantage à des utilisations ultérieures (*Van der Velden c. Pays-Bas* (déc.), n° 29514/05, CEDH 2006-XV). Elle estime en l'espèce que la question de l'atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée doit être examinée séparément pour la conservation de leurs échantillons cellulaires et profils ADN et pour celle de leurs empreintes digitales.

i. Les échantillons cellulaires et profils ADN

70. Dans l'affaire *Van der Velden* (précitée), la Cour a estimé que, vu les usages futurs que l'on pouvait envisager notamment pour les échantillons cellulaires, la conservation systématique de pareils éléments était suffisamment intrusive pour entraîner une atteinte au droit au respect de la vie privée. Le Gouvernement a critiqué cette conclusion, arguant qu'elle reposait sur des hypothèses quant aux utilisations qui pourraient être faites des échantillons à l'avenir et qu'il n'y avait rien de tel dans l'immédiat.

71. La Cour réaffirme son opinion selon laquelle les préoccupations d'un individu quant aux utilisations susceptibles d'être faites à l'avenir d'informations privées conservées par les autorités sont légitimes et pertinentes pour la question de savoir s'il y a eu ou non ingérence. De fait, compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine de la génétique et des technologies de l'information, la Cour ne peut écarter la possibilité que les aspects de la vie privée se rattachant aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies

nouvelles, que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision. Dès lors, la Cour n'aperçoit aucune raison justifiant qu'elle s'écarte de la conclusion à laquelle elle est parvenue dans l'affaire *Van der Velden*.

72. Toutefois, les préoccupations légitimes quant aux usages susceptibles d'être faits des échantillons cellulaires à l'avenir ne sauraient être le seul élément à prendre en compte pour trancher la question qui se pose. En dehors de leur caractère éminemment personnel, la Cour note que les échantillons cellulaires contiennent beaucoup d'informations sensibles sur un individu, notamment sur sa santé. De surcroît, les échantillons renferment un code génétique unique qui revêt une grande importance tant pour la personne concernée que pour les membres de sa famille. A cet égard, la Cour souscrit à l'opinion exprimée par la baronne Hale of Richmond lors de la procédure devant la Chambre des lords (paragraphe 25 ci-dessus).

73. Vu la nature et la quantité des informations personnelles contenues dans les échantillons cellulaires, leur conservation doit passer pour constituer en soi une atteinte au droit au respect de la vie privée des individus concernés. Peu importe que seule une petite partie de ces informations soit en réalité extraite ou utilisée par les autorités pour les besoins de la création de profils ADN et qu'aucun préjudice immédiat ne soit provoqué dans un cas particulier (*Amann*, précité, § 69).

74. Pour ce qui est des profils ADN, la Cour relève qu'ils contiennent moins d'informations personnelles. Extraites des échantillons cellulaires, celles-ci se présentent sous la forme d'un code. Le Gouvernement soutient qu'un profil ADN n'est rien de plus qu'une séquence de chiffres ou un code-barres contenant des informations purement objectives et irréfutables et que l'identification d'une personne ne se produit qu'en cas de concordance avec un profil contenu dans la base de données. Il déclare aussi que, les informations en question étant codées, il faut recourir à la technologie informatique pour les rendre intelligibles et que seul un nombre restreint de personnes seraient en mesure de les interpréter.

75. La Cour observe néanmoins que les profils contiennent une quantité importante de données à caractère personnel uniques. Même si les informations contenues dans les profils peuvent passer pour objectives et irréfutables au sens où l'entend le Gouvernement, leur traitement automatisé permet aux autorités d'aller bien au-delà d'une identification neutre. Elle note à cet égard que, de l'aveu même du Gouvernement, les profils ADN peuvent être utilisés – et l'ont été dans certains cas – pour effectuer des recherches familiales en vue de déceler un éventuel lien génétique entre des individus. Le Gouvernement reconnaît aussi le caractère hautement sensible de ce type de recherches et la nécessité d'exercer des contrôles très stricts en la matière. Selon la Cour, le fait que les profils ADN fournissent un moyen

de découvrir les relations génétiques pouvant exister entre des individus (paragraphe 39 ci-dessus) suffit en soi pour conclure que leur conservation constitue une atteinte au droit à la vie privée de ces individus. La fréquence des recherches familiales, les garanties qui les entourent et la probabilité que survienne un préjudice dans un cas donné importent peu à cet égard (*Amann*, précité, § 69). De même, le fait que, l'information étant codée, elle ne soit intelligible qu'à l'aide de l'informatique et ne puisse être interprétée que par un nombre restreint de personnes ne change rien à cette conclusion.

76. La Cour relève par ailleurs que le Gouvernement ne conteste pas que le traitement des profils ADN permette aux autorités de se faire une idée de l'origine ethnique probable du donneur et que cette technique est effectivement utilisée dans le cadre des enquêtes policières (paragraphe 40 ci-dessus). La possibilité qu'offrent les profils ADN de tirer des déductions quant à l'origine ethnique rend leur conservation d'autant plus sensible et susceptible de porter atteinte au droit à la vie privée. Cette conclusion cadre avec la Convention sur la protection des données et la loi sur la protection des données, qui en est le reflet, ces deux textes classant les données à caractère personnel révélant l'origine ethnique parmi les catégories particulières de données appelant une protection accrue (paragraphe 30-31 et 41 ci-dessus).

77. Dans ces conditions, la Cour conclut que la conservation tant des échantillons cellulaires que des profils ADN des requérants s'analyse en une atteinte au droit de ces derniers au respect de leur vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention.

ii. Les empreintes digitales

78. Il est constant que les empreintes digitales ne contiennent pas autant d'informations que les échantillons cellulaires ou les profils ADN. La question de l'impact de leur conservation par les autorités sur le droit au respect de la vie privée a déjà été étudiée par les organes de la Convention.

79. C'est la Commission qui, dans l'affaire *McVeigh et autres c. Royaume-Uni* (n^{os} 8022/77, 8025/77 et 8027/77, rapport de la Commission du 18 mars 1981, Décisions et rapports 25, p. 93, § 224), s'est penchée pour la première fois sur la question du prélèvement et de la conservation d'empreintes digitales. Celles en cause dans ladite affaire avaient été prélevées dans le cadre d'une série de mesures d'enquête. La Commission admit que certaines de ces mesures au moins avaient porté atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée, mais elle ne trancha pas le point de savoir si la conservation des empreintes digitales aurait à elle seule été constitutive de pareille atteinte.

80. Dans l'affaire *Kinnunen c. Finlande* (n^o 24950/94, décision de la Commission du 15 mai 1996, non publiée), la Commission considéra que

la conservation après l'arrestation du requérant de ses empreintes digitales et photographies ne s'analysait pas en une ingérence dans sa vie privée dès lors que ces éléments ne contenaient aucune appréciation subjective sujette à contestation. La Commission nota toutefois que les données en question avaient été détruites neuf ans plus tard à la demande du requérant.

81. Eu égard à ces conclusions et aux questions que soulève la présente affaire, la Cour estime qu'il convient de réexaminer le problème. Elle note d'emblée que les empreintes digitales numérisées des requérants constituent des données à caractère personnel les concernant (paragraphe 68 ci-dessus) et qu'elles contiennent certains traits externes d'identification, tout comme, par exemple, des photographies ou des échantillons de voix.

82. Dans l'affaire *Friedl* (précitée, avis de la Commission, §§ 49-51), la Commission considéra que la conservation de photographies anonymes prises lors d'une manifestation publique ne s'analysait pas en une ingérence dans la vie privée. Elle parvint à cette conclusion en accordant un poids particulier au fait que les photographies en question n'avaient été enregistrées dans aucun système de traitement de données et que les autorités n'avaient pas pris de mesures pour identifier les personnes photographiées en recourant au traitement de données.

83. Dans l'affaire *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* (n° 44787/98, §§ 59-60, CEDH 2001-IX), la Cour a quant à elle estimé que l'enregistrement de données et le caractère systématique ou permanent de l'enregistrement était susceptible de faire entrer en jeu le droit au respect de la vie privée même si les données concernées étaient dans le domaine public ou disponibles d'une autre manière. Elle a observé que l'enregistrement de la voix d'une personne sur un support permanent en vue d'une analyse ultérieure était manifestement de nature, combiné à d'autres données personnelles, à faciliter l'identification de cette personne. Elle a donc jugé que l'enregistrement des voix des requérants en vue d'une telle analyse ultérieure avait porté atteinte à leur droit au respect de leur vie privée.

84. La Cour considère que l'approche adoptée par les organes de la Convention au sujet des photographies et échantillons de voix doit aussi être appliquée aux empreintes digitales. Le Gouvernement estime que ces dernières constituent un cas à part au motif qu'il s'agirait d'éléments neutres, objectifs et irréfutables qui, contrairement aux photographies, ne seraient pas intelligibles pour un œil non exercé et en l'absence d'autres empreintes avec lesquelles les comparer. Certes, mais cela ne change rien au fait que les empreintes digitales contiennent objectivement des informations uniques sur l'individu concerné et permettent une identification précise dans un grand nombre de circonstances. Les empreintes digitales sont donc susceptibles

de porter atteinte à la vie privée, et leur conservation sans le consentement de l'individu concerné ne saurait passer pour une mesure neutre ou banale.

85. Dès lors, la Cour estime que la conservation, dans les fichiers des autorités, des empreintes digitales d'un individu identifié ou identifiable peut en soi donner lieu, en dépit du caractère objectif et irréfutable de ces données, à des préoccupations importantes concernant le respect de la vie privée.

86. En l'espèce, la Cour note en outre que les empreintes digitales des requérants ont été relevées dans le cadre de procédures pénales pour être ensuite enregistrées dans une base de données nationale en vue de leur conservation permanente et de leur traitement régulier par des procédés automatisés à des fins d'identification criminelle. Chacun admet à cet égard que, de par les informations que les échantillons cellulaires et profils ADN contiennent, la conservation de ces éléments a un impact plus grand sur la vie privée que celle d'empreintes digitales. Toutefois, à l'instar de la baronne Hale of Richmond (paragraphe 25 ci-dessus), la Cour estime que, s'il peut se révéler nécessaire de distinguer entre les empreintes digitales, d'une part, et les échantillons et profils, d'autre part, pour ce qui est de leur prélèvement, de leur utilisation et de leur stockage lorsqu'il s'agit de trancher la question de la justification, il n'en demeure pas moins que la conservation d'empreintes digitales constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée.

B. Justification de l'ingérence

1. Les arguments des parties

a) Les requérants

87. Les requérants soutiennent que la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN ne se justifie pas au regard du second paragraphe de l'article 8. La législation interne conférerait aux autorités une très grande latitude pour utiliser les échantillons et profils ADN puisqu'elle prévoirait seulement que ceux-ci doivent être employés à des fins en rapport avec « la prévention ou la détection des infractions pénales », « l'enquête sur une infraction » ou « la conduite de poursuites ». Ces objectifs seraient vagues et se prêteraient à des abus car ils risqueraient notamment de conduire à la collecte d'informations personnelles détaillées en dehors du cadre immédiat de l'enquête sur une infraction donnée. Les requérants estiment en outre que les garanties procédurales contre les usages impropres ou abusifs de ces informations sont insuffisantes. Les fichiers contenus dans l'ordinateur national de la police seraient accessibles non seulement à la police, mais aussi à cinquante-six organismes extérieurs à

celle-ci, au nombre desquels figureraient des organismes publics et services administratifs, des groupes privés tels que British Telecom et l'association des assureurs britanniques, et même certains employeurs. De plus, cet ordinateur serait relié au système d'information Schengen, qui fonctionnerait à l'échelle européenne. En conséquence, leur affaire révélerait une atteinte très importante et critiquable au droit au respect de leur vie privée, comme en témoignerait notamment le débat public en cours au Royaume-Uni sur le sujet et les désaccords s'exprimant dans ce cadre. Au contraire de ce que plaide le Gouvernement, la question de la conservation de ces éléments serait de nature à faire naître de vives préoccupations chez les individus, et l'Etat ne disposerait que d'une marge d'appréciation étroite en la matière.

88. Pour les requérants, la conservation pendant une durée illimitée des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN de personnes non condamnées ne peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique » aux fins de la prévention des infractions pénales. En particulier, il n'y aurait absolument rien qui justifierait la conservation d'échantillons cellulaires une fois le profil ADN extrait. L'efficacité de la conservation des profils n'aurait pas non plus été démontrée de manière convaincante étant donné qu'il n'aurait pas été prouvé que le nombre élevé de concordances ADN mis en avant par le Gouvernement eût permis de condamner les coupables. De même, dans la plupart des exemples précis cités par le Gouvernement, ce ne serait pas la conservation des fiches qui aurait permis aux poursuites de déboucher sur des condamnations et, dans d'autres cas, les poursuites auraient aussi pu aboutir si la conservation des éléments en cause avait été plus limitée dans le temps et dans son ampleur.

89. Les requérants plaident en outre le caractère disproportionné de la conservation des éléments litigieux. Elle s'appliquerait de manière indifférenciée, sans limitation de durée, quelles que soient les infractions en cause et la situation des personnes concernées. Par ailleurs, la décision de conserver ou non les éléments en question ne serait ni prise ni contrôlée par un organe indépendant. Le régime de conservation serait de surcroît non conforme aux orientations définies par le Conseil de l'Europe dans ce domaine. Enfin, la conservation des fiches en question jetterait le doute sur des personnes ayant été acquittées ou ayant bénéficié d'un non-lieu, car cela laisserait entendre qu'elles n'étaient pas totalement innocentes. Cette mesure produirait donc une stigmatisation particulièrement préjudiciable aux enfants, tel M. S., et aux membres de certains groupes ethniques surreprésentés dans la base de données.

b) Le Gouvernement

90. Le Gouvernement considère qu'à supposer que la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des requérants soit constitutive d'une ingérence, celle-ci est justifiée au regard de l'article 8 § 2. D'abord, elle serait prévue par la loi, et plus précisément par l'article 64 de la loi de 1984, qui énoncerait de manière détaillée les pouvoirs et limitations en matière de prélèvement d'empreintes digitales et d'échantillons et indiquerait clairement que ces éléments sont conservés par les autorités quelle que soit l'issue de la procédure dans le cadre de laquelle ils ont été prélevés. En tout état de cause, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de conserver des empreintes digitales et échantillons serait aussi soumis aux principes juridiques ordinaires régissant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires et il serait susceptible de contrôle juridictionnel.

91. Par ailleurs, l'ingérence serait nécessaire et proportionnée aux buts légitimes que constituent la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales et/ou la protection des droits et libertés d'autrui. Il serait vital, pour la société en général, que les services chargés de faire respecter les lois puissent bénéficier au maximum des outils qu'offrent la technologie moderne et la criminalistique dans le cadre de la prévention et de la détection des infractions pénales et des enquêtes sur de telles infractions. Le Gouvernement plaide, statistiques à l'appui, que les éléments conservés représentent une valeur inestimable aux fins de la lutte contre la criminalité et le terrorisme et de la recherche des coupables. Il considère que les avantages que le système de la justice pénale retire de leur conservation sont immenses, les éléments en question permettant selon lui non seulement de trouver les coupables mais aussi de disculper les innocents et de prévenir et corriger les erreurs judiciaires.

92. Il indique qu'à la date du 30 septembre 2005, la base nationale de données ADN contenait 181 000 profils ADN d'individus qui auraient été en droit de faire effacer ces données avant l'adoption des amendements de 2001. Par la suite, 8 251 de ces profils auraient été reliés à des traces recueillies sur les lieux de 13 079 infractions, dont 109 meurtres, 55 tentatives de meurtre, 116 viols, 67 infractions sexuelles, 105 vols qualifiés et 126 cas de fourniture de substances illicites.

93. Le Gouvernement cite aussi en exemple dix-huit affaires où l'utilisation d'éléments ADN aurait permis à des enquêtes et poursuites d'aboutir à des condamnations. Dans dix d'entre elles, les profils ADN de suspects se seraient révélés correspondre à des traces relevées antérieurement sur les lieux d'infractions sans rapport avec celles dont ils étaient soupçonnés et conservées dans la base de données, ce qui aurait permis de condamner

les auteurs de ces infractions. Dans un autre cas, deux suspects arrêtés pour viol auraient pu être exclus du champ de l'enquête, leur profil ADN ne correspondant pas aux traces recueillies. Dans deux autres affaires, la conservation des profils ADN de personnes reconnues coupables de certaines infractions mineures (trouble à l'ordre public et vol) aurait permis d'établir leur participation à d'autres infractions commises plus tard. Dans un cas, la conservation du profil ADN d'un suspect à la suite d'une allégation d'infraction à la législation sur l'immigration aurait facilité son extradition vers le Royaume-Uni un an plus tard; l'intéressé aurait alors été identifié comme étant un violeur et un meurtrier par l'une de ses victimes. Dans quatre cas, enfin, on aurait découvert jusqu'à deux ans après les faits que les profils ADN de quatre personnes soupçonnées d'avoir commis certaines infractions (détention d'armes offensives, trouble violent à l'ordre public et agression), mais non condamnées, correspondaient aux traces recueillies sur des victimes de viol.

94. Pour le Gouvernement, la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des requérants ne peut passer pour excessive, ces éléments ayant été stockés à des fins précises indiquées dans la loi, en toute sécurité et dans le respect des garanties prévues. La conservation n'aurait pas été motivée par la moindre raison de soupçonner les requérants d'avoir pris part à une infraction ou d'avoir une propension à commettre des infractions, et elle n'aurait pas non plus concerné des données se rapportant à des infractions présumées ayant déjà fait l'objet d'enquêtes par le passé. Les données conservées l'auraient été parce que la police les avait déjà légalement en sa possession et parce qu'elles pouvaient contribuer à l'avenir à la prévention et à la détection des infractions en général grâce à l'élargissement de la base de données. Pareille conservation ne provoquerait aucune stigmatisation et n'entraînerait aucune conséquence pratique pour les requérants, sauf si les éléments mémorisés venaient à correspondre à des profils tirés de traces recueillies sur les lieux d'infractions. Un juste équilibre aurait donc été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation de l'Etat, entre les droits de l'individu et l'intérêt général de la communauté.

2. L'appréciation de la Cour

a) Prévues par la loi

95. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les termes « prévues par la loi » signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. La loi doit ainsi être suffisamment accessible et prévisible,

c'est-à-dire énoncée avec assez de précision pour permettre à l'individu – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – de régler sa conduite. Pour que l'on puisse la juger conforme à ces exigences, elle doit fournir une protection adéquate contre l'arbitraire et, en conséquence, définir avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux autorités compétentes (*Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, §§ 66-68, série A n° 82, *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 55, CEDH 2000-V, et *Amann*, précité, § 56).

96. Le niveau de précision requis de la législation interne – laquelle ne peut du reste parer à toute éventualité – dépend dans une large mesure du contenu du texte considéré, du domaine qu'il est censé couvrir et du nombre et de la qualité de ses destinataires (*Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 84, CEDH 2000-XI, et références citées).

97. La Cour relève que, en vertu de l'article 64 de la loi de 1984, les empreintes digitales ou échantillons pris sur une personne dans le cadre de l'enquête sur une infraction peuvent être conservés une fois qu'ils ont été employés dans le but prévu (paragraphe 27 ci-dessus). La Cour convient avec le Gouvernement que la conservation des empreintes digitales, des échantillons biologiques et des profils génétiques des requérants avait ainsi à l'évidence une base en droit interne. Il apparaît aussi clairement que, sauf circonstances exceptionnelles, ces éléments sont en pratique conservés. Le fait que les commissaires de police aient le pouvoir de les détruire dans des cas exceptionnels ne rend pas la loi insuffisamment précise du point de vue de la Convention.

98. Pour ce qui est des conditions et des modalités de mémorisation et d'utilisation de ces informations personnelles, l'article 64 est en revanche beaucoup moins précis. Il dispose que les échantillons et empreintes digitales conservés ne doivent pas être utilisés par quiconque, sauf à des fins en rapport avec la prévention ou la détection des infractions pénales, l'enquête sur une infraction ou la conduite de poursuites.

99. La Cour convient avec les requérants que le premier au moins de ces objectifs est exprimé en termes assez généraux et se prête à une interprétation très large. Elle rappelle que, dans ce contexte comme dans celui des écoutes téléphoniques, de la surveillance secrète et de la collecte secrète de renseignements, il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures et imposant un minimum d'exigences concernant, notamment, la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci, de manière à ce que les justiciables disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire (voir, *mutatis mutandis*, *Kruslin c. France*,

24 avril 1990, §§ 33 et 35, série A n° 176-A, *Rotaru*, précité, §§ 57-59, *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, CEDH 2006-XI, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie*, n° 62540/00, §§ 75-77, 28 juin 2007, et *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, n° 58243/00, §§ 62-63, 1^{er} juillet 2008). La Cour note cependant que ces aspects sont en l'espèce étroitement liés à la question plus large de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Compte tenu de l'analyse à laquelle elle s'est livrée aux paragraphes 105 à 126 ci-dessous, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu de trancher le point de savoir si le libellé de l'article 64 répond aux exigences quant à la « qualité » de la loi, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

b) But légitime

100. La Cour admet avec le Gouvernement que la conservation des données relatives aux empreintes digitales et génétiques vise un but légitime: la détection et, par voie de conséquence, la prévention des infractions pénales. Alors que le prélèvement initial est destiné à relier une personne donnée à l'infraction particulière qu'elle est soupçonnée avoir commise, la conservation tend à un objectif plus large, à savoir contribuer à l'identification des futurs délinquants.

c) Nécessaire dans une société démocratique

i. Principes généraux

101. Une ingérence est considérée comme « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre un but légitime si elle répond à un « besoin social impérieux » et, en particulier, si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». S'il appartient aux autorités nationales de juger les premières si toutes ces conditions se trouvent remplies, c'est à la Cour qu'il revient de trancher en définitive la question de la nécessité de l'ingérence au regard des exigences de la Convention (*Coster c. Royaume-Uni* [GC], n° 24876/94, § 104, 18 janvier 2001, et références citées).

102. Il faut reconnaître à cet égard une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales compétentes. Son étendue est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci. Cette marge est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus (*Connors c. Royaume-Uni*, n° 66746/01, § 82, 27 mai

2004, et références citées). Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'Etat est restreinte (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 77, CEDH 2007-I). En revanche, elle est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger (*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 78, CEDH 2007-V).

103. La protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans cet article (voir, *mutatis mutandis*, *Z c. Finlande*, précité, § 95). La nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières. Le droit interne doit notamment assurer que ces données sont pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées (préambule et article 5 de la Convention sur la protection des données et principe 7 de la Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police). Le droit interne doit aussi contenir des garanties aptes à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs (voir notamment l'article 7 de la Convention sur la protection des données). Les considérations qui précèdent valent tout spécialement lorsqu'est en jeu la protection de catégories particulières de données plus sensibles (article 6 de la Convention sur la protection des données), notamment des données ADN, qui, dans la mesure où elles contiennent le patrimoine génétique de la personne, revêtent une grande importance tant pour elle-même que pour sa famille (Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des analyses de l'ADN dans le cadre du système de justice pénale).

104. L'intérêt des personnes concernées et de la collectivité dans son ensemble à voir protéger les données à caractère personnel, et notamment les données relatives aux empreintes digitales et génétiques, peut s'effacer devant l'intérêt légitime que constitue la prévention des infractions pénales

(article 9 de la Convention sur la protection des données). Cependant, compte tenu du caractère intrinsèquement privé de ces informations, la Cour se doit de procéder à un examen rigoureux de toute mesure prise par un Etat pour autoriser leur conservation et leur utilisation par les autorités sans le consentement de la personne concernée (voir, *mutatis mutandis*, *Z c. Finlande*, précité, § 96).

ii. Application de ces principes au cas d'espèce

105. Pour la Cour, il est hors de doute que la lutte contre la criminalité, et notamment contre le crime organisé et le terrorisme, qui constitue l'un des défis auxquels les sociétés européennes doivent faire face à l'heure actuelle, dépend dans une large mesure de l'utilisation des techniques scientifiques modernes d'enquête et d'identification. Le Conseil de l'Europe a reconnu il y a plus de quinze ans que les techniques d'analyse de l'ADN présentaient des avantages pour le système de la justice pénale (Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, paragraphes 43-44 ci-dessus). Il est constant, par ailleurs, que les Etats membres ont réalisé depuis des progrès rapides et substantiels en matière d'utilisation des données ADN pour établir l'innocence ou la culpabilité d'une personne.

106. Néanmoins, tout en reconnaissant le rôle important que jouent ces informations dans la détection des infractions, la Cour doit délimiter la portée de son examen. La question n'est pas de déterminer si la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN en général peut passer pour justifiée au regard de la Convention. Le seul point sur lequel la Cour doit se pencher est celui de savoir si la conservation des empreintes digitales et données ADN des requérants, qui avaient été soupçonnés d'avoir commis certaines infractions pénales mais n'avaient pas été condamnés, se justifiait sous l'angle de l'article 8 § 2 de la Convention.

107. La Cour procédera à son examen en tenant dûment compte des instruments pertinents du Conseil de l'Europe et du droit et de la pratique en vigueur dans les autres Etats contractants. D'après les principes clés en la matière, la conservation des données doit être proportionnée au but pour lequel elles ont été recueillies et être limitée dans le temps (paragraphes 41-44 ci-dessus). Il apparaît que les Etats contractants appliquent systématiquement ces principes dans le secteur de la police, conformément à la Convention sur la protection des données et aux recommandations ultérieures du Comité des Ministres (paragraphes 45-49 ci-dessus).

108. Pour ce qui concerne plus particulièrement les échantillons cellulaires, la plupart des Etats contractants n'en autorisent le prélèvement dans le cadre de procédures pénales que sur les individus soupçonnés d'avoir commis des infractions présentant un certain seuil de gravité. Dans

la grande majorité des Etats contractants disposant de bases de données ADN en service, les échantillons et les profils génétiques qui en sont tirés doivent être respectivement détruits ou effacés soit immédiatement soit dans un certain délai après un acquittement ou un non-lieu. Certains Etats contractants autorisent un nombre restreint d'exceptions à ce principe (paragraphe 47-48 ci-dessus).

109. La situation qui prévaut actuellement en Ecosse, qui fait partie du Royaume-Uni, est à cet égard particulièrement significative. Comme indiqué plus haut (paragraphe 36), le Parlement écossais a autorisé la conservation de l'ADN de personnes non condamnées uniquement pour les adultes accusés d'infractions violentes ou d'infractions sexuelles et, même dans ce cas, pour une durée de trois ans seulement, avec la possibilité de conserver ces éléments pendant deux années supplémentaires avec l'accord d'un *sheriff*.

110. Cette situation est conforme à la Recommandation n° R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui insiste sur la nécessité d'établir des distinctions entre les différents types de cas et d'appliquer des durées précises de conservation des données, même dans les cas les plus graves (paragraphe 43-44 ci-dessus). En réalité, l'Angleterre, le pays de Galles et l'Irlande du Nord sont les seuls ordres juridiques au sein du Conseil de l'Europe à autoriser la conservation illimitée des empreintes digitales et des échantillons et profils ADN de toute personne, quel que soit son âge, soupçonnée d'avoir commis une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police.

111. Le Gouvernement insiste sur le fait que le Royaume-Uni est à l'avant-garde pour ce qui est du développement de l'usage des échantillons d'ADN en vue de la détection des infractions pénales et que les autres Etats ne sont pas parvenus à la même maturité en ce qui concerne la taille et les ressources de leurs bases de données ADN. Selon lui, l'analyse comparative du droit et de la pratique en vigueur dans les autres Etats ne revêt donc qu'un intérêt limité.

112. La Cour ne peut toutefois ignorer le fait que, en dépit des avantages susceptibles de découler d'un élargissement maximal de la base de données ADN, d'autres Etats contractants ont décidé de fixer des limites à la conservation et à l'utilisation de telles données afin de parvenir à un équilibre adéquat avec l'intérêt concurrent que constitue la préservation de la vie privée. Elle observe que la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels

s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part. Pour la Cour, le fort consensus qui existe à cet égard au sein des Etats contractants revêt une importance considérable et réduit la marge d'appréciation dont l'Etat défendeur dispose pour déterminer jusqu'où peut aller l'ingérence dans la vie privée permise dans ce domaine. La Cour considère que tout Etat qui revendique un rôle de pionnier dans l'évolution de nouvelles technologies porte la responsabilité particulière de trouver le juste équilibre en la matière.

113. En l'espèce, les empreintes digitales et échantillons cellulaires des requérants ont été prélevés et leurs profils ADN réalisés dans le cadre de procédures pénales engagées pour tentative de vol dans le cas du premier requérant et pour harcèlement à l'égard de sa compagne dans le cas du second. Les données ont été stockées sur la base d'une loi autorisant leur conservation pour une durée illimitée, alors même que le premier requérant a été acquitté et que le second a vu son affaire classée sans suite.

114. La Cour doit examiner si la conservation permanente des empreintes digitales et données ADN de toutes les personnes soupçonnées mais non condamnées se fonde sur des motifs pertinents et suffisants.

115. Bien que le pouvoir de conserver les empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN de personnes non condamnées n'existe en Angleterre et au pays de Galles que depuis 2001, le Gouvernement estime qu'il est démontré que la conservation de ces éléments est indispensable dans le cadre de la lutte contre la criminalité. Et de fait, les statistiques et autres éléments de preuve soumis à la Chambre des lords et repris dans les documents présentés à la Cour par le Gouvernement (paragraphe 92 ci-dessus) apparaissent impressionnants, dans la mesure où ils indiquent que des profils ADN qui auraient auparavant été détruits ont été reliés à des traces relevées sur les lieux d'infractions dans un nombre élevé de cas.

116. Les requérants soutiennent toutefois que ces statistiques sont trompeuses, point de vue que confirme le rapport du Council Nuffield on Bioethics. En effet, comme les requérants le font remarquer, les chiffres n'indiquent pas dans quelle mesure ce « lien » avec des traces recueillies sur les lieux d'infractions a conduit à la condamnation des personnes concernées, ni le nombre de condamnations dues à la conservation des échantillons de personnes non condamnées. Ils ne prouvent pas non plus que le fort taux de concordance avec des traces provenant de lieux d'infractions n'ait été rendu possible que grâce à la conservation illimitée des éléments ADN de toutes ces catégories de personnes. Parallèlement, dans la majorité des cas précis cités par le Gouvernement (paragraphe 93 ci-dessus), les données ADN tirées des prélèvements effectués sur des suspects ont uniquement débouché sur des correspondances avec des traces antérieures conservées dans la base de données. Or ces correspondances auraient pu être établies

même en l'absence du dispositif actuel, qui autorise la conservation illimitée des données ADN de tous les individus soupçonnés mais non condamnés.

117. Tout en observant que ni les statistiques ni les exemples fournis par le Gouvernement ne permettent en eux-mêmes d'établir qu'il serait impossible d'identifier et de poursuivre avec succès les auteurs d'infractions sans la conservation permanente et indifférenciée des empreintes digitales et données ADN de toutes les personnes se trouvant dans une situation analogue à celle des requérants, la Cour admet que l'élargissement de la base de données a contribué à la détection et à la prévention des infractions pénales.

118. Il reste toutefois à déterminer si pareille conservation est proportionnée et reflète un juste équilibre entre les intérêts publics et privés qui se trouvent en concurrence.

119. A cet égard, la Cour est frappée par le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation en vigueur en Angleterre et au pays de Galles. En effet, les données en cause peuvent être conservées quelles que soient la nature et la gravité des infractions dont la personne était à l'origine soupçonnée et indépendamment de son âge; il est possible de prélever – puis de conserver – des empreintes digitales et des échantillons biologiques chez toute personne, quel que soit son âge, arrêtée en rapport avec une infraction emportant inscription dans les fichiers de la police, étant entendu que des infractions mineures ou non punies d'une peine d'emprisonnement peuvent donner lieu à pareille inscription. Par ailleurs, la conservation n'est pas limitée dans le temps: les éléments sont conservés indéfiniment, indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction que la personne est soupçonnée d'avoir commise. De plus, il n'existe que peu de possibilités pour un individu acquitté d'obtenir l'effacement des données de la base nationale ou la destruction des échantillons (paragraphe 35 ci-dessus); en particulier, le législateur n'a pas prévu l'exercice d'un contrôle indépendant de la justification de la conservation sur la base de critères précis, tels que la gravité de l'infraction, les arrestations antérieures, la force des soupçons pesant sur la personne ou toute autre circonstance particulière.

120. La Cour reconnaît que l'atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée peut être d'un degré différent pour chacune des trois catégories de données à caractère personnel conservées. La conservation d'échantillons cellulaires est particulièrement intrusive, compte tenu de la profusion d'informations génétiques et relatives à la santé qu'ils contiennent. Cela étant, un régime de conservation aussi indifférencié et inconditionné que celui en cause exige de procéder à un examen rigoureux sans tenir compte de ces différences.

121. Le Gouvernement plaide que la conservation ne pourrait avoir un effet direct ou important sur les requérants que si des correspondances

établies avec la base de données venaient à l'avenir à révéler leur implication dans des infractions. La Cour ne peut souscrire à cet argument. Elle réaffirme que le simple fait de la conservation ou de la mémorisation de données à caractère personnel par les autorités publiques, quelle que soit la manière dont celles-ci ont été obtenues, doit passer pour emporter des conséquences directes sur la vie privée de l'individu concerné, que ces données soient utilisées par la suite ou non (paragraphe 67 ci-dessus).

122. Particulièrement préoccupant en l'occurrence est le risque de stigmatisation, qui découle du fait que les personnes dans la situation des requérants, qui n'ont été reconnus coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence, sont traitées de la même manière que des condamnés. Il convient de ne pas perdre de vue à cet égard que le droit de toute personne à être présumée innocente que garantit la Convention comporte une règle générale en vertu de laquelle on ne peut plus exprimer de soupçons sur l'innocence d'un accusé une fois que celui-ci a été acquitté (*Rushiti c. Autriche*, n° 28389/95, § 31, 21 mars 2000, et références citées). Certes, la conservation de données privées concernant les requérants n'équivaut pas à l'expression de soupçons. Néanmoins, l'impression qu'ont les intéressés de ne pas être considérés comme innocents se trouve renforcée par le fait que les données les concernant sont conservées indéfiniment tout comme celles relatives à des personnes condamnées, alors que celles concernant des individus n'ayant jamais été soupçonnés d'une infraction doivent être détruites.

123. Le Gouvernement arguë que le pouvoir de conservation s'applique à l'ensemble des empreintes digitales et échantillons biologiques prélevés sur une personne dans le cadre d'une enquête sur une infraction et ne dépend pas de l'innocence ou de la culpabilité. De surcroît, les empreintes digitales et échantillons prélevés sur les requérants l'auraient été légalement et leur conservation ne serait pas liée au fait que les intéressés ont à l'origine été soupçonnés d'une infraction mais découlerait du seul souci d'augmenter la taille et donc l'usage de la base de données en vue de l'identification de criminels à l'avenir. La Cour juge toutefois que cet argument se concilie difficilement avec l'obligation, prévue à l'article 64 § 3 de la loi de 1984, de détruire, à leur demande, les empreintes digitales et échantillons des personnes s'étant soumises volontairement à des prélèvements, ces éléments ayant tout autant de valeur pour l'augmentation de la taille et de l'utilité de la base de données. Il faudrait que le Gouvernement avance de puissantes raisons pour que la Cour puisse estimer justifiée une telle différence de traitement entre les données personnelles des requérants et celles d'autres personnes non condamnées.

124. La Cour estime en outre que la conservation de données relatives à des personnes non condamnées peut être particulièrement préjudiciable dans le cas de mineurs, tel le premier requérant, en raison de leur situation spéciale et de l'importance que revêt leur développement et leur intégration dans la société. La Cour a déjà insisté, en s'inspirant des dispositions de l'article 40 de la Convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, sur la place particulière qu'occupent les jeunes gens dans le domaine de la justice pénale, et elle a notamment souligné la nécessité de protéger leur vie privée dans le contexte des procédures pénales (*T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94, §§ 75 et 85, 16 décembre 1999). De la même manière, la Cour considère qu'il faut veiller avec un soin particulier à protéger les mineurs de tout préjudice qui pourrait résulter de la conservation par les autorités, après un acquittement, des données privées les concernant. La Cour partage l'avis du Nuffield Council on Bioethics quant aux conséquences pour les jeunes gens d'une conservation illimitée de leurs échantillons et profils ADN et prend note des préoccupations exprimées par cet organisme au sujet de la surreprésentation dans la base de données des mineurs et des membres de minorités ethniques n'ayant été reconnus coupables d'aucune infraction à laquelle les politiques suivies auraient conduit (paragraphe 38-40 ci-dessus).

125. En conclusion, la Cour estime que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique. Cette conclusion dispense la Cour d'examiner les critiques formulées par les requérants à l'encontre de certains points précis du régime de conservation des données litigieuses, tels l'accès, trop large selon eux, à ces données et la protection, insuffisante à leurs yeux, offerte contre les usages impropres ou abusifs de ces données.

126. Dès lors, il y a eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

127. Les requérants allèguent qu'ils ont été soumis à un traitement discriminatoire par rapport aux autres personnes se trouvant dans une situation analogue, c'est-à-dire aux personnes non condamnées dont les

échantillons doivent toujours être détruits en vertu de la législation. Ce traitement découlerait de leur situation et relèverait de l'article 14, qui aurait toujours été interprété avec souplesse. Pour les motifs exposés sur le terrain de l'article 8, ce traitement serait dépourvu de justification raisonnable et objective, il ne viserait aucun but légitime et il ne présenterait pas un rapport de proportionnalité raisonnable avec le but affiché – la prévention des infractions – notamment pour ce qui est des échantillons, lesquels ne joueraient aucun rôle dans la détection ou la prévention des infractions pénales. Conserver des éléments concernant des personnes censées bénéficier de la présomption d'innocence, ce serait opérer une distinction de traitement totalement injustifiée et préjudiciable.

128. Le Gouvernement soutient pour sa part que l'article 14 est inapplicable faute pour l'article 8 d'entrer en jeu. Il ajoute que, quand bien même l'article 14 serait applicable, il n'existerait pas de différence de traitement, toutes les personnes dans une situation analogue à celle des requérants étant traitées de la même manière et les requérants ne pouvant se comparer aux individus n'ayant pas eu à se soumettre à un prélèvement d'échantillons par la police ou à ceux s'étant volontairement soumis à pareil prélèvement. En tout état de cause, la différence de traitement alléguée par les intéressés ne se fonderait pas sur une « situation » ou une caractéristique personnelle mais sur un fait historique. A supposer qu'il y eût une quelconque différence de traitement, elle serait objectivement justifiée et relèverait de la marge d'appréciation de l'Etat.

129. La Cour renvoie à sa conclusion ci-dessus selon laquelle la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des requérants a emporté violation de l'article 8 de la Convention. A la lumière du raisonnement qui a conduit à ce constat, elle considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré par les requérants de l'article 14 de la Convention.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

130. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

131. Les requérants prient la Cour de leur accorder une satisfaction équitable pour dommage moral et pour frais et dépens.

A. Dommage moral

132. Les requérants réclament chacun 5 000 livres sterling (GBP) pour dommage moral au titre de l'angoisse qu'aurait provoquée chez eux le fait de savoir que des informations intimes les concernant avaient été conservées, de manière injustifiée selon eux, par l'Etat et de l'anxiété et du stress que leur aurait causés la nécessité d'engager des procédures en justice à ce sujet.

133. Le Gouvernement, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour (voir notamment *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II), soutient qu'un constat de violation constituerait en soi une satisfaction équitable suffisante pour les deux requérants ; il établit une distinction entre la présente affaire et celles dans lesquelles la Cour a conclu à la violation à raison de l'utilisation ou de la divulgation de données à caractère personnel (voir en particulier *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-XI).

134. La Cour rappelle qu'elle a conclu que la conservation des empreintes digitales et des données ADN des requérants a emporté violation de leurs droits garantis par l'article 8. Conformément à l'article 46 de la Convention, il appartiendra à l'Etat défendeur de mettre en œuvre, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou individuelles appropriées pour satisfaire à l'obligation qui lui incombe d'assurer aux requérants et autres personnes dans la même situation le droit au respect de leur vie privée (*Scozzari et Giunta c. Italie* [GC], nos 39221/98 et 41963/98, § 249, CEDH-2000-VIII, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 120, CEDH 2002-VI). Dans ces conditions, la Cour estime que le constat de violation, avec les conséquences qui en découlent pour l'avenir, peut passer pour constituer une satisfaction équitable suffisante à cet égard. C'est pourquoi elle rejette la demande des requérants pour dommage moral.

B. Frais et dépens

135. Les requérants sollicitent par ailleurs, justificatifs détaillés à l'appui, 52 066,25 GBP pour les frais et dépens exposés devant la Cour. Cette somme comprend les frais de *solicitor* (15 083,12 GBP) et les honoraires de trois avocats (21 267,50 GBP, 2 937,50 GBP et 12 778,13 GBP respectivement). Les taux horaires facturés sont les suivants : 140 GBP pour le *solicitor* (portés à 183 GBP à partir de juin 2007) et 150 GBP, 250 GBP et 125 GBP respectivement pour les trois avocats.

136. Le Gouvernement trouve ces prétentions totalement déraisonnables. Il estime notamment que les taux facturés par les avocats sont excessifs et devraient être réduits d'un tiers. Il soutient par ailleurs qu'il n'y a pas lieu d'octroyer la moindre somme pour le quatrième avocat, désigné à un

stade tardif de la procédure, cette désignation ayant selon lui conduit à des doublons. Il conclut que la somme allouée le cas échéant devrait se limiter à 15 000 GBP et, en tout cas, ne pas dépasser 20 000 GBP.

137. La Cour rappelle qu'au titre de l'article 41 de la Convention elle rembourse les frais dont il est établi qu'ils ont été réellement exposés, qu'ils correspondent à une nécessité et qu'ils sont d'un montant raisonnable (voir, entre autres, *Roche c. Royaume-Uni* [GC], n° 32555/96, § 182, CEDH-2005-X).

138. D'un côté, la présente affaire est d'une certaine complexité car elle a nécessité un examen en chambre puis en Grande Chambre ainsi que plusieurs séries d'observations et une audience. Elle soulève aussi des questions juridiques importantes et des points de principe qui ont demandé beaucoup de travail. Il a fallu en particulier examiner de façon approfondie la question de la conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN au Royaume-Uni – qui fait actuellement débat – et procéder à une étude comparative poussée du droit et de la pratique dans les autres États contractants ainsi que des textes et documents pertinents du Conseil de l'Europe.

139. De l'autre côté, la Cour considère que la somme globale de 52 066,25 GBP réclamée par les requérants est excessive. Elle pense comme le Gouvernement que la désignation d'un quatrième avocat à un stade tardif de la procédure a pu conduire à des doublons.

140. Statuant en équité à la lumière de sa pratique dans des affaires comparables, la Cour alloue aux requérants 42 000 euros (EUR) pour frais et dépens, moins les 2 613,07 EUR déjà versés par le Conseil de l'Europe au titre de l'assistance judiciaire.

C. Intérêts moratoires

141. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 de la Convention ;
3. *Dit* que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par les requérants ;

4. *Dit*

a) que l'Etat défendeur doit verser aux requérants, dans les trois mois, 42 000 EUR (quarante-deux mille euros) (y compris la taxe sur la valeur ajoutée éventuellement due par les requérants) pour frais et dépens, à convertir en livres sterling au taux applicable à la date du règlement, moins les 2 613,07 EUR (deux mille six cent treize euros sept centimes) déjà versés au titre de l'assistance judiciaire;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

5. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 décembre 2008.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa
Président

TV VEST AS AND ROGALAND PENSJONISTPARTI v. NORWAY
(Application no. 21132/05)

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 11 DECEMBER 2008¹

1. English original. Extracts.

SUMMARY¹**Imposition of a fine on a television station for broadcasting an advertisement by a minor political party****Article 10**

Freedom of expression – Imposition of a fine on a television station for broadcasting an advertisement by a minor political party – Statutory prohibition of party political broadcasts – Payment of fee irrelevant to political character of advertisement – Necessary in a democratic society – Protection of the rights of others – Lack of European consensus – Margin of appreciation – Powerful impact of audio-visual media – Applicant party at disadvantage compared to major parties with respect to access to editorial television coverage – Advertisement unlikely to lower the quality of political debate or offend sensitivities – Proportionality – Relevant and sufficient reasons

*

* *

The applicants were a television company and the regional branch of a small political party (the Pensioners Party). The television company was fined after it broadcast political advertisements for the political party in breach of a statutory ban on such adverts. The ban was permanent and absolute and applied only to television. Political advertising in other media was permitted. The television company unsuccessfully attempted to contest the fine before the domestic courts.

Held

Article 10: It was common ground that the fine had amounted to an interference with the applicants' right to freedom of expression which was "prescribed by law" and pursued the legitimate aim of protecting "the rights of others". The advertisements had consisted of a short portrayal of the Pensioners Party, with an invitation to vote for it in the elections. Irrespective of the fact that it had been presented as a paid advertisement rather than as journalistic coverage of a political debate, the content was indisputably of a political character. The Court was prepared to accept that the lack of a European consensus in this area spoke in favour of granting States greater discretion than would normally be allowed in decisions relating to restrictions on political debate. The rationale for the statutory prohibition of television broadcasting of political advertisements had, as stated by the Supreme Court, been based on the assumption that allowing the use of such

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

a powerful and pervasive form and medium of expression was likely to reduce the quality of political debate generally. Complex issues could easily be distorted and financially powerful groups would be afforded greater opportunities for marketing their opinions. However, the Court was not convinced that these reasons, although undoubtedly relevant, were sufficient to justify the interference complained of. The Pensioners Party did not come within the category of parties or groups that were the primary targets of the ban. On the contrary, it belonged to a category which the ban in principle had intended to protect. Furthermore, in contrast to the major political parties, which had been given wide editorial television coverage, the Pensioners Party had hardly been mentioned. Therefore, paid advertising on television had been the sole means for it to put its message across to the public through that type of medium. Having been denied this possibility under the law, the Pensioners Party had thus been put at a disadvantage in comparison to the major political parties, a disadvantage that could not be offset by the possibility of using other, less potent, media. Finally, it had not been contended that the advertisements contained elements apt to lower the quality of political debate or to offend various sensitivities. In those circumstances, the fact that television had a more immediate and powerful effect than other media could not justify the ban and the fine imposed on the television company. There had not, therefore, been a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued by the ban and the means deployed to achieve that aim. The restriction which the ban and the imposition of the fine had entailed on the applicants' freedom of expression could not therefore be regarded as having been necessary in a democratic society, notwithstanding the national authorities' margin of appreciation.

Conclusion: violation (unanimously).

Case-law cited by the Court

The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, Series A no. 30
Lingens v. Austria, 8 July 1986, Series A no. 103
Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20 November 1989, Series A no. 165
Jacobowski v. Germany, 23 June 1994, Series A no. 291-A
Jersild v. Denmark, 23 September 1994, Series A no. 298
Wingrove v. the United Kingdom, 25 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 30 January 1998, *Reports* 1998-I
Bowman v. the United Kingdom, 19 February 1998, *Reports* 1998-I
Fressoz and Roire v. France [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I
Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, ECHR 1999-IV
Nilsen and Johnsen v. Norway [GC], no. 23118/93, ECHR 1999-VIII
VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI
Murphy v. Ireland, no. 44179/98, ECHR 2003-IX

In the case of TV Vest AS and Rogaland Pensjonistparti v. Norway,

The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:

Christos Rozakis, *President*,

Nina Vajić,

Anatoly Kovler,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 26 June and 20 November 2008,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 21132/05) against the Kingdom of Norway lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by TV Vest AS (Ltd), a television broadcasting company, and the Rogaland Pensioners Party (*Rogaland Pensjonistparti*) (“the applicants”), on 12 May 2005.

2. The applicants were represented by Mr K. Eggen, a lawyer practising in Oslo. The respondent Government were represented by their Agent, Ms T. Steen, Attorney-General’s Office (Civil Matters).

3. The applicants alleged, in particular, that the imposition by the State Media Authority of a fine on the first applicant for having breached a statutory prohibition on political advertising in respect of such broadcasts on behalf of the second applicant, had given rise to a violation of Article 10 of the Convention.

4. By a decision of 29 November 2007, the Court declared the application admissible.

5. Subsequently, third-party comments were received from the Governments of Ireland and the United Kingdom, which had been granted leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2 of the Rules of Court).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 26 June 2008 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms	T. Steen, Attorney-General's Office,	<i>Agent,</i>
Mr	H. Harborg, Advokat,	<i>Counsel,</i>
Mr	S. Fagnæs, Adviser, Ministry of Culture and Church Affairs,	
Ms	I. Conradi Andersen, Norwegian Media Authority,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicants*

Mr	K. Eggen, Advokat,	<i>Counsel.</i>
----	--------------------	-----------------

The Court heard addresses by Mr Eggen and Mr Harborg.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The first applicant, TV Vest AS (Ltd) (hereinafter “TV Vest”), is a television broadcasting company located in Stavanger in the county of Rogaland, on the west coast of Norway. The second applicant, the Rogaland Pensioners Party (*Rogaland Pensjonistparti*), is the regional branch of the Pensioners Party (*Pensjonistpartiet*) (hereinafter “the Pensioners Party”). It is a small political party, which, in the local and regional elections held on 15 September 2003, obtained 1.3% of the votes nationally, while the Rogaland branch obtained 2.3% of the votes in the county of Rogaland.

A. The disputed advertising of the Pensioners Party by TV Vest and the administrative sanction

8. With a view to the above-mentioned elections (see paragraph 7 above), the Party asked to purchase advertising time from TV Vest in order to broadcast political advertisements. In the spring of 2003 TV Vest, considering that the broadcast would be lawful, agreed to broadcast three different advertisements, with a duration of fifteen seconds each, seven times per day over eight days during the period from 14 August to 12 September 2003, and for which the Party would pay a fee of 30,000 Norwegian kroner (NOK). The short broadcasts sought to portray the values of the Pensioners Party and encouraged viewers to vote for it:

Television advertisement 1:

Egil Willumsen, Pensioners Party: “We want this splendid property here to be given back to the people of Stavanger and Rogaland as a specialised hospital for the elderly and chronically ill. Vote for the Pensioners Party.”

Picture with text:

“We need your vote on 15 September! Vote for the Pensioners Party.”

Television advertisement 2:

Åshild Bjørnevoll, Pensioners Party: “Young people are our future. Some of them live in difficult circumstances and need help and support. If they do not receive the assistance they require, it may have major consequences for us all. Vote for the Pensioners Party for a better future.”

Picture with text:

“We need your vote on 15 September! Vote for the Pensioners Party.”

Television advertisement 3:

Tor Kristian Rønneberg, Pensioners Party: “A sufficient number of good nursing home places. Secure jobs, particularly for older workers, and decent pension schemes. If you are interested in any of this, vote for the Pensioners Party.”

Picture with text:

“We need your vote on 15 September! Vote for the Pensioners Party.”

9. On 12 August 2003 the first applicant notified the State Media Authority (*Statens medieforvaltning* – “the Media Authority”) of its intention to broadcast the political advertisements and argued that such broadcasting was protected by Article 10 of the Convention.

10. The first applicant broadcast the political advertisements on 14, 15, 16, 18, 28, 29 and 30 August and on 1, 3, 12 and 13 September 2003. According to a public statement by the second applicant dated 30 August 2003, although it had been made aware of the statutory prohibition of political advertising on television, it had nonetheless decided to advertise for a number of reasons:

“The Pensioners Party in Rogaland has found it difficult to gain the attention of the media. We regard this as a ‘golden opportunity’ to highlight the party’s values and political priorities.

The bigger parties are given very wide leeway in connection both with debates and with various initiatives in radio, television and the press. In this regard, the Pensioners Party often feels excluded and has very limited opportunities to make itself heard.

In addition, the party is never identified in national or local opinion polls, but is included in the group ‘Others’.

We in the Pensioners Party took responsibility for the content of the messages and chose three themes which best reflected the party’s values and basic attitudes at local level ...”

11. On 27 August 2003 the Media Authority warned TV Vest that it was considering issuing a fine against the company for violating the ban

on political advertising on television. TV Vest replied to the letter on 4 September 2003.

12. On 10 September 2003 the Media Authority decided to impose a fine of NOK 35,000 on TV Vest, under section 10-3 of the Broadcasting Act 1992 and section 10-2 of the Broadcasting Regulations, for a violation of the prohibition on political advertising in television broadcasts as provided in section 3-1(3) of the Broadcasting Act.

B. Extent of other coverage of the Pensioners Party in television broadcasts

13. The applicants provided the following information on the extent to which the Rogaland Pensioners Party had been the subject of editorial coverage during the period August-September 2003 by the three broadcasters indicated below.

(i) TV2 (a privately owned broadcasting company) had informed them that in the course of 2003 the Pensioners Party had been given editorial coverage on three occasions: once when TV Vest had brought an action against the Norwegian State to challenge the legality of the fine imposed for the broadcasting of the political advertisements at issue; a second time concerning the party's electoral list cooperation with three other small political parties; and lastly in connection with the actual election results. In none of these instances had the local Rogaland Pensioners Party been specifically mentioned.

(ii) The NRK ("the Norwegian Broadcasting Corporation", the national public broadcaster) had stated that two short items (studio comments) had been broadcast during the election campaign period, on 27 August and on 10 September 2003 respectively, both of which had concerned the issue in the present case of political advertising.

(iii) TV Vest had informed them that the Rogaland Pensioners Party had been referred to on three occasions: on 12 August 2003 when the decision to air the political advertisements at issue had been taken; on 27 August 2003 in connection with the State's reaction to these advertisements; and on 10 September 2003 regarding the actual fee. None of the said items had been full features and none of them had focused on the politics of the Rogaland Pensioners Party.

C. Judicial appeal by TV Vest

14. TV Vest appealed against the decision of 10 September 2003 to the Oslo City Court (*Oslo tingrett*). TV Vest did not dispute that the content was political advertising and thus fell foul of the above-mentioned prohibition provided in the Broadcasting Act but submitted that this provision was

incompatible with the right to freedom of expression provided in Article 100 of the Constitution of Norway and in Article 10 of the Convention.

15. By a judgment of 23 February 2004, the City Court upheld the Media Authority's decision.

16. TV Vest appealed against the City Court's judgment to the Supreme Court (*Høyesterett*), challenging its application of the law. The Supreme Court granted leave to appeal under Article 6 § 2 of the Code of Civil Procedure. The second applicant acted as a third-party intervener (*hjelpesintervenant*).

17. In a judgment of 12 November 2004, the Supreme Court, by four votes to one, upheld the Media Authority's decision.

18. In his opinion, to which three other members subscribed, Mr Justice Oftedal Broch disagreed with the first applicant's submission that the case raised an issue at the heart of freedom of expression. The most central aspect of the case was that the legislature had addressed certain issues for the democratic process concerning the limits to be imposed on the use of television for paid communication in the course of a political debate. Thus, there was stronger reason to emphasise the legislature's intention in this area than to dwell on the protection of the content in question. The political bodies were better placed than the courts to assess which measures were suitable for heightening the level of political debate. The rationale for the prohibition of political advertising on television was that it was likely to lead to an inappropriate form of political debate. An advertisement containing a political message could easily give a distorted picture of complex issues. Opening the possibilities for such advertisements would mean that financially powerful groups would have greater opportunities for marketing their opinions than less resourceful parties or interest organisations.

19. Thus, Mr Justice Oftedal Broch observed, concerns about quality and pluralism in political debate were central and formed the basis of the national courts' assessment. It was not the content but the form and medium of the expression that was being regulated and the Pensioners Party, like other parties, had many other means for addressing the electorate. There was hardly any reason to consider that the prohibition provided in section 3-1(3) of the Broadcasting Act was incompatible with freedom of expression as protected by Article 100 of the Constitution, either in its version as applicable at the material time or in its amended version of 30 September 2004.

20. As regards the issue of necessity under Article 10 § 2 of the Convention, Mr Justice Oftedal Broch had particular regard to the Court's judgments in *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (no. 24699/94, ECHR 2001-VI) and *Murphy v. Ireland* (no. 44179/98, ECHR 2003-IX) concerning restrictions on political broadcasts relating respectively to animal protection and to the rearing of animals (on television) and to the

promotion of religious gatherings (on the radio). Mr Justice Oftedal Broch found, *inter alia*, as follows:

“(60) In the light of these two judgments, how should we assess the Norwegian prohibition of political advertising on television? Neither of the cases is completely parallel to the situation now at hand. The main difference from the *VgT* case is that the latter concerned a group – the Association against Animal Factories – which focused on a topic of current interest: the protection of animals in connection with the industrial production of meat. The association wished to participate in the debate on this issue by showing a film. In this respect, there is a greater parallel between the Pensioners Party and the *Murphy v. Ireland* case in terms of its wish to make its existence and manifesto known to a broad public. What distinguishes the present case from the *Murphy* case is the fact that religious issues in Ireland must be regarded as far more controversial and could presumably cause greater social unrest than political movements in Norway. Having said this, however, I find a considerable degree of parallelism between the Court’s arguments in *Murphy* and my own views on the Norwegian prohibition in relation to Article 10.

(61) A decisive difference in the Court’s approach between the two cases is that in the *VgT* case the Court found that the State’s margin of appreciation was narrow, whereas its margin of appreciation in the *Murphy* case was broad. A factor that was emphasised in the *Murphy* case, and that also applies in our case, is that there is no European consensus on political advertising. There are major differences in the rules currently in force in European countries. There is a group of countries, including Norway, Sweden, Denmark, France, Germany and Ireland, which have prohibited political advertising to varying degrees. Other countries, such as Hungary, Lithuania, Poland, Romania, Netherlands and Finland, basically have no such barrier. This difference has a further dimension in that the rules in many countries now appear to be undergoing revision. But the draft amendments point in different directions, thereby underscoring the diversity of views. In some countries, the rules are being liberalised, while other countries, like Denmark, are tightening the prohibitions that already exist. In Norway, the government has announced its intention to present a bill under which political advertising will be accepted within certain limits. At the same time, we have seen that the right to continue to impose a prohibition is being maintained through the amendment to Article 100 of the Constitution of Norway. In other words, the rules governing political advertising are subject to constant change, which should mean that States have considerable freedom to choose their own form of regulation.

(62) The type of interference concerned in this case also suggests a broad margin of appreciation. The regulation of political advertising is less a question of the individual’s freedom of expression and far more a question of how best to promote political debate and ensure good frameworks for the democratic electoral process. In this light, our political bodies have – hitherto – deemed that political advertising on television promotes an unfavourable simplification of political issues, as well as giving financially powerful groups a greater opportunity to put forward their views. These considerations have a direct bearing on the desire to ensure quality in the political process. In this

area, it is essential that institutions vested with democratic legitimacy be given a broad margin of appreciation based on their assessment of national conditions. Parliament's evaluation as regards expediency should be applied unless – as stated in the *Kjuus* case – it appears to be unfounded or otherwise objectively weak. On the other hand, this limitation is important, and particularly in the present case, which has to do with a majority in Parliament determining the general conditions for political debate. This means that the courts should give particularly close consideration to whether the solution has a discriminatory effect. In the present case, the grounds cited by Parliament in support of the prohibition of advertising cannot be said to be of a discriminatory nature. On the contrary, it is argued that political advertising will give large, affluent parties a further advantage to the detriment of small parties.

...

(65) In sum, therefore, it is my view that a prohibition or regulation of political advertising on television must primarily be seen as the establishment of limits for political debate. These are decisions that should be taken by a country's democratic institutions, and consequently an area in which a country's political bodies must be given great freedom of action in relation to Article 10. The fact that there is no European consensus, but on the contrary a wide range of national solutions in this field, strengthens this view.

(66) In view of all the channels that political parties can use to communicate their message to a broad public, the prohibition of political advertising on television appears to be a limited interference that is not disproportionate to the purposes the interference aims to achieve. In this light, the grounds underlying the provision in section 3-1(3) of the Broadcasting Act are relevant and sufficient. If the special circumstances of the present case are examined more closely, this becomes even clearer. The prohibition of advertising was applied to a political party immediately prior to an election. At such a time, it is particularly important to ensure a 'fair climate of debate', and some countries have limited their ban on advertising precisely to this period. The possibility that a broad interpretation of the prohibition of political advertising on television may conflict with Article 10 of the Convention, as illustrated by the Court's *VgT* judgment, is, in my opinion, of no significance for the application of Article 10 to the facts of our case, which lies within the core area of the prohibition.

(67) In the light of the foregoing, it is my view that there has been no violation of Article 10 of the Convention."

21. The dissenting judge, Mr Justice Skoghøy, stated:

"(70) ... I have concluded that the Media Authority's administrative decision to impose a fine on TV Vest is an unlawful interference with the right to freedom of expression under Article 10 of the Convention, and that the appeal by TV Vest AS must therefore be allowed. ...

...

(75) In deciding whether there is a sufficiently pressing need for interference in the right to freedom of expression, the Court has granted national authorities and courts a certain margin of appreciation. The reason for this is that national authorities and

courts will often be in a better position to assess the necessity of an interference and have greater insight into any special circumstances that might apply in the individual countries, and the fact that it is the States Parties to the Convention that have the primary responsibility for protecting and enforcing human rights (see Lorenzen et al.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer* [The European Convention on Human Rights with comments], 2nd edition (2003), p. 23, and Harris/O'Boyle/Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), p. 14). The part of the grounds that states that national authorities will often be in a better position to assess the necessity of an interference also applies, by and large, to the relationship between national courts of law and national legislatures, and against this background the principle has been adopted in Norwegian case-law that when Norwegian courts examine the question whether Norwegian legislation breaches international human rights conventions, they should accord the Norwegian legislature a similar margin of appreciation; see, for example, *Norsk Retstidende* ("Rt" – Norwegian Supreme Court Reports) 1999-961. This is not necessary for the purposes of the Convention; nor does the Convention preclude it. As mentioned earlier, however, freedom of expression is one of the fundamental pillars of democracy, and it is therefore important that small political groups are also able to make themselves heard. For this reason, strong objections are raised against attaching too much importance to the opinion of the political majority at any given time as regards how far freedom of expression on political issues should go. The Court's case-law is also based on the idea that States' margin of appreciation is relatively narrow in cases regarding expressions of political opinion; see *VgT*, § 67, and *Murphy*, § 67. ...

...

(79) In my opinion, in the light of the above, there cannot be deemed to be a sufficiently pressing social need for a total prohibition of political advertising on television. A total ban is not proportionate to the purposes sought to be achieved. Even if the reasons advanced in support of prohibiting such advertising are legitimate, they are not sufficiently weighty to justify a total ban.

(80) The fact that a total prohibition on political advertising on television is incompatible with Article 10 of the Convention is, in my opinion, also evident from the Court's judgment in the *VgT v. Switzerland* case. In paragraph 75 of this judgment the Court states that it cannot exclude that a ban on political advertising may be compatible with Article 10 in certain situations. However, the Court pointed out that in order for such a prohibition to be acceptable, it must be based on grounds that meet the requirements set out in Article 10 § 2. The case in question concerned a ban on political advertising on radio and television. In paragraph 74 [of the *VgT* judgment] the Court points out that a prohibition of political advertising that is limited to certain media does not appear to be of a particularly pressing nature.

(81) As the first voting judge has mentioned, the *VgT* case concerns a television advertising campaign presented by an animal-protection organisation, and the State has asserted that the judgment must be deemed to be limited to idealistic advertising, in opposition to commercial advertising, and that the scope of the judgment has in any event been narrowed down by the *Murphy* judgment. I disagree with these arguments.

The grounds in paragraph 75 of the *VgT* judgment concern political advertising in general, and there are no grounds for contending that it is limited to idealistic counter-advertising against commercial advertising. Nor are there any grounds in the *Murphy* judgment for arguing that it aims to deviate from or limit the scope of the *VgT* judgment. On the contrary, in paragraph 67 of the *Murphy* judgment, it is emphasised that as far as political speech or debate of questions of general interest are concerned, there is little scope for restrictions under Article 10 § 2. When the Court concluded in the *Murphy* judgment that there was no violation of Article 10, this was based on the explicit grounds that the *Murphy* case – contrary to the *VgT* case – concerned the expression of religious beliefs, and that in such cases national States should have a greater margin of appreciation (see paragraph 67 of the *Murphy* judgment). Reference was made in the specific grounds to the extreme sensitivity of the question of broadcasting of religious advertising in Ireland (paragraph 73). Inasmuch as the Court in *Murphy* accentuates the difference between political and religious advertising, and underscores the special considerations that apply in the case of the expression of religious beliefs in Ireland, the *Murphy* judgment in my opinion serves not to weaken, but to strengthen and further underpin the view regarding political advertising on television expressed by the Court in the *VgT* judgment.

...”

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

22. Section 3-1(3) of the Broadcasting Act 1992 reads:

“Broadcasters shall not transmit advertisements for life philosophy or political opinions through television. This applies also to teletext.”

23. The Government submitted that in 2005 the Media Authority had found that an advertisement broadcast by TV2 for an anti-terrorism group (the European Security Advocacy Group (ESAG)) contained a political message which clearly fell within the meaning of section 3-1(3) of the Broadcasting Act. However, the Authority had concluded that the prohibition could not be enforced because to do so would violate Article 10 of the Convention. The Authority distinguished the facts from the Supreme Court’s ruling in the *TV Vest* case. The ESAG advertisement had to be regarded as a contribution to a general public debate on how to fight terrorism; it had been transmitted outside the election period and had not been connected to any political party or political organisation, but to a (social) interest group. Accordingly, the Authority found more similarities with the Court’s judgment in the *VgT* case and, by applying a narrower margin of appreciation, that the interference could not be said to be necessary for the purposes of Article 10 § 2.

III. COMPARATIVE LAW

24. The respondent Government produced a copy of a survey conducted by the Secretariat of the European Platform of Regulatory Authorities (EPRA) (“23rd EPRA Meeting, Elsinore, Denmark, 17-19 May 2006, Background Paper – Plenary, *Political Advertising: Case Studies and Monitoring*”) and compiled on the basis of answers to a questionnaire, received from the authorities of thirty-one countries, namely, Austria, Belgium (x 2), Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, the Isle of Man, Israel (x 2), Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Malta, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, Spain, Sweden, Switzerland (x 2). The report included the following observations:

• **Countries with a ban on paid political advertising**

Paid political advertising is statutorily forbidden in the vast majority of western European countries such as Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Malta, Norway, Portugal, Sweden, Switzerland and the United Kingdom. Several countries from central and eastern Europe, such as the Czech Republic and Romania, also have a prohibition of paid political advertising.

The most traditional justification for this prohibition is that rich or well-established parties would be able to afford significantly more advertising time than new or minority parties – thus amounting to a discriminatory practice. Another rationale invoked for the restriction or the ban is that it may lead to divisiveness in society and give rise to public concern. It has also been suggested, albeit less frequently, that a prohibition would preserve the quality of political debate.

• **Countries allowing paid political advertising**

Paid political advertising is allowed in many central and eastern [European] countries such as Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Hungary, Macedonia, Poland, and the Baltic States: Estonia, Latvia and Lithuania. In a few countries, such as in Bosnia and Herzegovina (sixty days prior to election day) and Croatia, political advertising is only permitted during the election period.

It is often overlooked that several countries in western Europe, such as in Austria, Finland, Luxembourg (for the moment, this will change shortly) and the Netherlands, also allow paid political advertising.

In Italy, until 2003 paid political advertising, that is, self-managed spaces, was allowed also for national broadcasters, provided that they also transmitted ‘political communications spaces’ (*spazi di comunicazione politica*), in other words, discussion programmes with the participation of political representatives; now it is allowed only for local broadcasters and has to cost no more than 70% of the price applied to commercial advertisements, whereas national broadcasters may only broadcast them for free.

In Greece, while there is a permanent and wide-ranging ban on the political advertisement of persons, paid political advertising of political parties is not prohibited.

In Spain, while the ban of political advertising applies permanently for television broadcasters, the Spanish Electoral Code permits paid electoral advertising on commercial radio stations, only during the election period.

The main rationale for paid political advertising is that it may enable new candidates to obtain recognition and a profile. It is also often argued that the right to political advertising is an integral part of the right to freedom of expression and information.

...

• **Countries allocating free airtime to political parties and/or candidates**

In the vast majority of countries, such as Belgium (French-speaking community), the Czech Republic, Estonia, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Luxembourg and Malta, parties are usually granted free airtime to present their programmes, sometimes in the format of short advertising spots. The broadcasters are usually reimbursed for their technical costs either by the State or directly by the parties.

...

• **Countries with no system of allocation of free airtime**

Several countries have no specific provisions concerning free airtime for political parties. In a few countries, such as Belgium (Flemish-speaking community), Bulgaria, Norway and Sweden, parties are not granted any free airtime to present their programmes. In other countries, such as Switzerland, Finland or Cyprus, this is a matter left to the broadcasters, who sometimes allow this practice on a voluntary basis.”

25. Recommendation No. R (99) 15 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on measures concerning media coverage of election campaigns provided as follows:

5. Paid political advertising

“In member States where political parties and candidates are permitted to buy advertising space for electoral purposes, regulatory frameworks should ensure that:

- the possibility of buying advertising space should be available to all contending parties, and on equal conditions and rates of payment;
- the public is aware that the message is a paid political advertisement.

Member States may consider introducing a provision in their regulatory frameworks to limit the amount of political advertising space which a given party or candidate can purchase.”

26. The Explanatory Memorandum to that Recommendation included the following comments in relation to the above:

Paid political advertising

“Paid political advertising in the broadcast media has traditionally been prohibited in many Council of Europe member States, whilst it has been accepted in others. One of its major advantages is the opportunity which it provides for all political forces to widely disseminate their messages/programmes. On the other hand, it may give an unfair advantage to those parties or candidates who can purchase important amounts of airtime.

In view of the different positions on this matter, the Recommendation does not take a stance on whether this practice should be accepted or not, and simply limits itself to saying that if paid advertising is allowed it should be subject to some minimum rules: one, that equal treatment (in terms of access and rates) is given to all parties requesting airtime; and two, that the public is aware that the message has been paid for.

It may also be considered important to set limits on the amount of paid advertising that can be purchased by a single party. Nevertheless, the Recommendation does not specify whether it is desirable to do so nor does it set any precise limits on the amount of paid advertising, as it is considered that the decision on this matter should be taken at the national level.”

27. The Committee of Ministers, on 7 November 2007, adopted Recommendation Rec(2007)15, which entailed a revision of Recommendation No. R (99) 15. In so far as the above provisions were concerned it may be noted that the Draft Explanatory Memorandum (CM(2007)155 add) included the following addition:

“78. In view of the different positions on this matter, Recommendation CM/Rec(2007) ... does not take a stance on whether this practice should be accepted or not, and simply limits itself to saying that if paid advertising is allowed it should be subject to some minimum rules, in particular that equal treatment (in terms of access and rates) is given to all parties requesting airtime.”

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

28. The applicants complained that the fine imposed by the Media Authority on 10 September 2003, upheld by the Supreme Court at last instance on 12 November 2004, constituted a violation of Article 10 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed

by law and are necessary in a democratic society, ... for the protection of the reputation or rights of others, ... or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

29. The parties shared the view that the impugned measure amounted to an interference with the applicants’ right to freedom of expression as guaranteed by Article 10 § 1 of the Convention. They further agreed that the measure was prescribed by law, namely sections 3-1(3) and 10-3 of the Broadcasting Act, and pursued the legitimate aim of protecting “the rights of others” within the meaning of Article 10 § 2. The Court sees no reason to hold otherwise.

On the other hand, the parties were in disagreement as to whether the interference was necessary in a democratic society.

A. The parties’ submissions

1. The applicants

30. The applicants maintained that the existence of an absolute prohibition of political advertising on television combined with the absence of rules providing for party political broadcasts had had the effect that the Pensioners Party had been prevented from communicating directly with its electorate on television. The absolute prohibition was neither supported by sufficient reasons nor proportionate to the aims pursued.

31. They submitted that in Norway political advertising was allowed without any limitation in all media other than television and that no weighty reasons could justify such different treatment of television broadcasting.

32. The broadcast advertisements had focused on the Pensioners Party’s core values and did not contain any statements that could reasonably be viewed as distorting or reducing the quality of political debate.

33. The Pensioners Party was a small political party, without powerful financial means or support from strong financial groups. It seldom received any coverage in editorial television broadcasting and thus had a real need to establish direct communication between itself and the electorate.

34. This need had been especially pressing, since, unlike the situation in many other European States, including the United Kingdom, there was no system of party political broadcasts providing for free airtime with a possibility for political parties to present their statements directly to the electorate. As confirmed by the survey conducted by the EPRA Secretariat (see paragraph 24 above), Norway was one of very few Contracting States that not only prohibited political advertising on television but also failed to regulate party political broadcasts, which was important to bear in mind in determining the scope of the margin of appreciation. This state of affairs in effect meant that political speech on television was channelled through

broadcasters' editorial staff functioning as gatekeepers. Such a regulation favoured established political parties and established politicians, while small political parties, such as the Pensioners Party, suffered and were in fact prevented from gaining efficient access to public space through television. A total ban on all forms of political advertising on television had an opposite effect to that of creating an equal playing field between the political parties.

35. As shown by the EPRA survey, many countries had been able to regulate paid political advertising by less stringent means than an absolute prohibition. This cast doubt on the Government's argument that a prohibition was the only possible way of achieving the legitimate aims pursued. The Government's contention that a finding of a violation of Article 10 in the present case would affect important aspects of Norwegian democracy, such as the structure and size of political parties, party financing and the conduct of election campaigns, was unsubstantiated.

36. Since the instant case concerned the publication of political speech for a political party before a political election, the speech at issue fell within the core protection area of Article 10 of the Convention. Whereas in the above-mentioned *VgT* judgment the Court had applied a strict margin of appreciation relating to speech of "general interest", an even stricter standard should be applied to political speech emanating from political parties. Unlike the finding in the *Murphy* judgment, there were no country-specific sensitivities in the instant case that could justify a special margin of appreciation or relevance being given to the potency and pervasiveness of the broadcasting media.

37. The applicants did not dispute that the lack of European consensus could be a relevant factor when determining the extent of the Contracting States' margin of appreciation. However, this was only one of many factors to be taken into account. The Court's Article 10 case-law, notably that relating to defamation, illustrated that a lack of consensus had not prevented it from applying a narrow margin. Both the *VgT* and the *Murphy* judgments showed that it was the nature of the speech in question which was decisive for the scope of the margin and that it was narrow in the area of political speech.

38. In asserting that it had a wide margin of appreciation, the majority of the Supreme Court had only made reference to the general circumstances that prevailed in some of the Contracting States. While the Supreme Court had held that considerable weight should be given to Parliament's decision to prohibit political advertising, it was wrong to consider that a political majority at any given time should be given a wide margin of appreciation when it came to regulations governing the political process. As rightly stressed by the dissenting member of the Supreme Court, the core

idea behind fundamental free speech protection was to protect a political minority against being subjected to free speech restrictions imposed by the majority.

39. As a result of its erroneous approach, considering that Parliament's opinion on the matter should prevail unless it appeared unfounded or lacking in objectivity, the Supreme Court had failed to examine the necessity of the prohibition in the concrete circumstances of the case.

40. In the light of the above, the applicants submitted that the reasons relied on by the Supreme Court were not sufficient, nor proportionate, to justify the interference as being necessary in a democratic society.

2. *The Government*

41. The case did not primarily engage the protection of freedom of expression but first and foremost the integrity of the democratic process and specifically the public's – the voters' – right to fair democratic elections, a right protected by the Universal Declaration of Human Rights and Protocol No. 1. The very essence of democracy was fair elections in which all parties could compete on an equal footing without anyone being able to buy an undue advantage in the form of television advertising.

42. At issue in this case was political advertising in the strict sense: advertisements by a political party in an election period, aimed at influencing the outcome of the elections. It struck at the core of the prohibition provided in section 3-1(3) of the Broadcasting Act. The impugned prohibition was limited to television advertising owing to the powerful and pervasive impact of this medium. Since no such restrictions applied with regard to other media, the prohibition had limited consequences for freedom of expression. A number of much used and effective alternatives for political advertising were available, such as print media, radio, the Internet, billboards, leaflets, and so on.

43. The prohibition of political advertising on television was not in any way aimed at restricting political speech or debate on questions of public interest. Its purpose was to guarantee political expression by ensuring fairness and equality, as well as by preserving the quality of political debate. Such advertising would typically be conveyed without opposition, correction or filtering in the form of critical journalism and would have a distinctly partial objective. It would often paint a manufactured picture of the candidate and his political message, not unlike the tone or substance frequently found in propaganda in totalitarian regimes. The possibility of advertising on television would clearly benefit the wealthier and/or established interests in society. There was thus a need to avoid *de facto* discrimination, distorting democratic processes in favour of the wealthy and powerful.

44. The prohibition ensured the political impartiality of television broadcasting. It also had the effect of limiting the total amount of money spent on election campaigns by political parties and interest groups, reducing their dependence on wealthy donors and ensuring a level playing field in elections. The prohibition was aimed at supporting the integrity of the democratic process, to obtain a fair framework for political and public debate, and to avoid a situation where those who could afford it obtained an undesirable advantage by using the most potent and pervasive medium. The right to freedom of expression therefore had to be considered in the light of the right to free elections provided by Article 3 of Protocol No. 1. The Norwegian prohibition, like those in several other Contracting States, was aimed at securing the “free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”. The prohibition thus achieved a very important aim for democracy.

45. The question at issue was inevitably interlocked with the framework for the Norwegian democratic electoral process. A negative outcome of this case would affect important aspects of Norwegian democratic society, such as the structure and size of political parties, political parties’ financing and how the election campaigns were carried out. This also militated in favour of a wider margin of appreciation, as held by the Court, *inter alia*, in *Bowman v. the United Kingdom* (19 February 1998, § 43, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I).

46. In Norway the elected representatives had found it highly necessary only to prohibit political advertising on television, which undoubtedly was a unique medium with regard both to its pervasiveness and to the resources necessary to purchase airtime. As pointed out by the Court in *Murphy* (cited above, § 69) the potential impact of the medium of expression concerned was an important factor in the consideration of the proportionality of an interference. The Court had acknowledged that account ought to be taken of the fact that the audio-visual media had a more immediate and powerful effect than the print media. Reference could also be made to Recommendation No. R (99) 15 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on measures concerning media coverage of election campaigns, where the Committee of Ministers had emphasised “the need to take into account the significant differences which exist[ed] between the print and the broadcast media”. Hence, based on this commonly acknowledged premise, the question before the Court was whether there was a pressing social need to prohibit political advertising on television in Norway.

47. The general existence of such a pressing social need was clearly illustrated by the fact that numerous Contracting States had found it necessary to ban all political advertising on television.

48. While the applicants implied that an exception from the ban should be made for parties or groups with little means, this approach was unsustainable. As the Court had recognised in the *Murphy* case with respect to religious advertising, a case-by-case approach would be difficult to apply fairly, objectively and coherently; thus, a total ban would generate less discomfort than by filtering the amount and content of expression by such groupings. Nor would limitations on duration and frequency of advertising and/or on related expenditures guarantee equality of arms to the same extent as an absolute ban. Apart from the difficulties involved in defining limits that were fair, circumventing them would be easy and ensuring their effective implementation when it really mattered, in the run-up to an election, would be problematic. Transgressions could always be discovered later, but after the elections it would be too late.

49. In the view of the Government, the national elected, representative bodies were better equipped than the national courts to evaluate the relevant pressing social needs, particularly as the aim of the prohibition was to secure the integrity of the national democratic process. This was even more true with regard to an international court with further distance from and less knowledge of the functioning of the democracy in the State in question. National parliaments were in direct and continuous contact with the vital forces in their countries in this respect. What was more, securing and promoting democracy was a core responsibility for the elected representatives in the Contracting States.

50. The Norwegian prohibition had been thoroughly assessed on several occasions, most recently in May 2006, by the Government and by Parliament, which had found it to be a necessary measure for preserving central elements of Norwegian democracy. The Government invited the Court not to adhere to its findings in its *VgT* judgment, which was unclear and based on the specific facts of that case and in any event distinguishable. Rather, it should follow the general reasoning in its *Murphy* judgment and, in particular, its approach in *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* (2 March 1987, Series A no. 113) and *Bowman v. the United Kingdom* (cited above, § 43) in relation to Article 3 of Protocol No. 1.

51. There was no uniform European conception of the requirements of the protection of the rights of others in relation to broadcasting political advertisements on television. Nor was there any legislative consensus as to the need to single out broadcast, as distinct from non-broadcast, political advertising for special regulation, whether within or outside an election

period. There was no given solution to the issue of political advertising as indeed the differences throughout Europe showed. Every country had its history and traditions and this might lead to different views on the necessity of a ban. According to the Court's case-law, the Contracting States should therefore enjoy a wider margin of appreciation in regulating such advertisements.

3. *Third parties*

52. The Irish Government supplied information relating to the Irish legislative framework, notably on the application of section 10(3) of the Radio and Television Act 1988, which had been at issue in the above-mentioned *Murphy* case and which read as follows:

“No advertisement shall be broadcast which is directed towards any religious or political end or which has any relation to an industrial dispute.”

53. Referring to the Irish Supreme Court's rulings in *Murphy v. IRTC* ([1999] 1 IR 12) and *Colgan v. IRTC* ([2002] IR 490), the Irish Government submitted that, where the prohibition on religious and political advertising stemmed from the same or similar concerns regarding sensitivities as to divisiveness and offensiveness, it was inappropriate to apply differing margins of appreciation. This was particularly so as the dividing line between political and religious advertising was not always clear, as the decision on abortion in the *Colgan* case demonstrated. Consequently, the Irish Government invited the Court to apply a wide margin of appreciation equally to political advertising, preferring the *Murphy* approach to that followed in *VgT*. Furthermore, the Court's acceptance in *Murphy* that a filtering process was inappropriate and that a blanket prohibition was preferable was a better approach than that followed in *VgT*, where it had held that a prohibition on political advertising might *in certain situations* (though not in the *VgT* case) be compatible with Article 10 of the Convention.

54. The United Kingdom Government provided information on the legal position in the United Kingdom, where political advertising had been prohibited on radio and television by all legislation since the Television Act 1954 first created commercial television. When enacting the Communications Act 2003, Parliament had taken the view that it was important to maintain the prohibition because (i) broadcasting was a particularly powerful and pervasive medium and impartiality was of fundamental importance; (ii) without the prohibition there would be an unacceptable danger that the agenda of political debate would be unfairly distorted in favour of the views held by those wealthy enough to spend most on broadcast advertising, and those with a different point of view would

either have to find rich backers to pay for equal time or allow the case to go unanswered; and (iii) the prohibition applied to all political advertising, irrespective of content: there was no discrimination by reference to the content of the message.

55. The United Kingdom Government invited the Court “to confine *VgT* to its factual circumstances or alternatively to depart from its reasoning”. In that case the Court had rejected without explanation or analysis the contention that the potency and pervasiveness of the broadcast media justified special restrictions on political advertising not applicable to other media. The Court had also omitted to take account of the significance of the availability of alternative means of allowing the applicant to pursue its political objectives. Nor had it addressed the point that advertising could damage the impartiality of the broadcaster – an argument which it had accepted in *Murphy* with respect to religious advertising. The Court appeared to have misunderstood the justification for a ban on political advertising, namely the fact that such a ban could not distinguish between different groups by reference to the power, funds or influence which they happened to have at a particular time. The legislature was entitled to conclude that there was no workable basis for such a partial prohibition. Nor had the Court addressed, far less answered, the point that the legislature was seeking to protect a fundamental interest of a democratic society: that political debate and the political process should not be altered by those who were able and willing to spend large sums of money propagating their political views through the potent medium of broadcasting. In *Bowman*, the Court had recognised this as a legitimate aim which could justify restrictions on freedom of political speech. In *VgT*, the Court had also omitted to refer to the fact that Switzerland was far from an isolated example of a State with legislation prohibiting the broadcasting of political advertising when such restrictions were not applied in other media.

56. Like *Bowman*, the present case did not simply concern restrictions on political speech; it concerned a balance between freedom of expression for political speech and the need to preserve the integrity of the democratic process in the public interest, a matter in which the State had a margin of appreciation. In any event, there was no clear distinction in this context between religion and morals, on the one hand, and politics on the other.

57. The United Kingdom Government submitted a copy of a judgment handed down by the House of Lords on 12 March 2008 ([2008] UKHL 15) dismissing an appeal by Animal Defenders International, finding that the prohibition on the broadcasting of political advertising in the United Kingdom under the Communications Act 2003 was consistent with Article 10 of the Convention.

B. Assessment by the Court

1. General principles

58. The test of “necessity in a democratic society” requires the Court to determine whether the “interference” complained of corresponded to a “pressing social need”, whether it was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons given by the national authorities to justify it are relevant and sufficient (see *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), 26 April 1979, § 62, Series A no. 30). In assessing whether such a “need” exists and what measures should be adopted to deal with it, the national authorities are left a certain margin of appreciation. This power of appreciation is not, however, unlimited but goes hand in hand with European supervision by the Court, whose task it is to give a final ruling on whether a restriction is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 of the Convention.

59. In this connection, according to the Court’s case-law there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest (see *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, §§ 38 and 42, Series A no. 103; *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, Reports 1996-V; *Sürek v. Turkey* (no. 1) [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV; *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 45, Reports 1998-I; *Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no. 23118/93, § 46, ECHR 1999-VIII; *VgT*, cited above, § 66; and *Murphy*, cited above, § 67).

60. Moreover, the Court has held that the potential impact of the medium of expression concerned is an important factor in the consideration of the proportionality of an interference. The Court has acknowledged that account must be taken of the fact that audio-visual media have a more immediate and powerful effect than print media (see *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298, and *Murphy*, cited above, § 69).

61. It should also be pointed out that in the above-mentioned *Bowman* judgment, concerning certain electoral law limitations on pre-election expenditure, the Court held (see paragraph 41 of the judgment) that in such a context it was necessary to consider the right to freedom of expression under Article 10 in the light of the right to free elections protected by Article 3 of Protocol No. 1, which provides:

“The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

Moreover, in *Bowman* the Court held as follows:

“42. Free elections and freedom of expression, particularly freedom of political debate, together form the bedrock of any democratic system (see the *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* judgment of 2 March 1987, Series A no. 113, p. 22, § 47, and the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, §§ 41-42). The two rights are inter-related and operate to reinforce each other: for example, as the Court has observed in the past, freedom of expression is one of the ‘conditions’ necessary to ‘ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature’ (see the above-mentioned *Mathieu-Mohin and Clerfayt* judgment, p. 24, § 54). For this reason, it is particularly important in the period preceding an election that opinions and information of all kinds are permitted to circulate freely.

43. Nonetheless, in certain circumstances the two rights may come into conflict and it may be considered necessary, in the period preceding or during an election, to place certain restrictions, of a type which would not usually be acceptable, on freedom of expression, in order to secure the ‘free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature’. The Court recognises that, in striking the balance between these two rights, the Contracting States have a margin of appreciation, as they do generally with regard to the organisation of their electoral systems (see the above-mentioned *Mathieu-Mohin and Clerfayt* judgment, pp. 23 and 24, §§ 52 and 54).”

62. In sum, the Court’s task in exercising its supervisory function is not to take the place of the national authorities but rather to review under Article 10, in the light of the case as a whole, the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation (see, among many other authorities, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 45, ECHR 1999-I).

2. Application of these principles

63. Turning to the particular circumstances of the instant case, the Court observes at the outset that the disputed decision by the Media Authority of 10 September 2003 to impose a fine on TV Vest was taken on the ground that TV Vest had broadcast political advertisements for the Pensioners Party in breach of the prohibition of political advertising on television laid down in section 3-1(3) of the Broadcasting Act. The prohibition was permanent and absolute and applied only to television, while political advertising through all other media was permitted.

64. The impugned advertisements consisted of a short portrayal of the Pensioners Party and encouraged viewers to vote for the Party in the forthcoming elections. Irrespective of the fact that it was presented as a paid advertisement rather than as part of journalistic coverage of a political debate, the content of the speech in question was indisputably of a political nature. Thus, as was also the case in *VgT*, the impugned advertisement obviously fell outside the commercial context of product marketing, an area

in which States have traditionally enjoyed a wide margin of appreciation (see *VgT*, cited above, § 69; *markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, 20 November 1989, § 33, Series A no. 165; and *Jacobowski v. Germany*, 23 June 1994, § 26, Series A no. 291-A). Moreover, unlike the situation in *Murphy* (cited above, § 67), there is nothing to suggest that the advertisements included any content that might be liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or religion. For these reasons alone, the Court is unable to share the opinion held by the majority in the Supreme Court that the present case was more akin to *Murphy* than *VgT* (see paragraphs 60-61 of the Supreme Court's judgment, cited at paragraph 20 above). On the contrary, the Court agrees with the minority (see paragraphs 80-81 of the Supreme Court's judgment, cited at paragraph 21 above) that the political nature of the advertisements that were prohibited calls for strict scrutiny on the part of the Court and a correspondingly circumscribed national margin of appreciation with regard to the necessity of the restrictions (see *VgT*, cited above, § 71; and *Murphy*, cited above, § 67).

65. In this connection, the Court has also taken note of the Government's observations, made with reference to the Court's case-law under Article 3 of Protocol No. 1 (see paragraphs 44 and 50 above), arguing that the Contracting States enjoyed a wide margin of appreciation in striking a fair balance between, on the one hand, freedom of expression and, on the other, the need to place restrictions thereon in order to secure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. As already recognised in the Court's case-law (see references at paragraph 61 above), a lack of consensus between the States making up the Convention community with regard to the regulation of the right to vote and the right to stand for election may justify according them a wide margin of appreciation in this area.

66. However, while it is true that the broadcasts at issue had been aired between 14 August and 13 September 2003 in the run-up to the local and regional elections of that year, it should be noted that the advertising ban under section 3-1(3) of the Broadcasting Act was absolute and permanent and did not apply specifically to elections. In these circumstances, the Court does not find it appropriate in the instant case to attach much weight to the various justifications for allowing States a wide margin of appreciation with reference to Article 3 of Protocol No. 1. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a

degree that might lead to results incompatible with the privileged position of free political speech under Article 10 of the Convention.

67. The Court has further considered whether, going beyond the arguments drawn from Article 3 of Protocol No. 1, the differences between domestic systems with regard to television broadcasting of political advertising could warrant a wide margin of appreciation. According to the comparative law reports compiled by EPRA, out of the thirty European countries examined: (i) in thirteen of those countries a statutory ban on paid political advertising in broadcasting applied; (ii) in ten of those countries such advertising was permitted; (iii) in eleven of those countries there were provisions for free airtime for political parties and candidates during election campaigns (five of these were among the thirteen countries under item (i)); and (iv) in several countries there was no system of allocation of free airtime (see paragraph 24 above). In so far as this absence of European consensus could be viewed as emanating from different perceptions regarding what is “necessary” for the proper functioning of the “democratic” system in the respective States, the Court is prepared to accept that it speaks in favour of allowing a somewhat wider margin of appreciation than that normally accorded with respect to restrictions on political speech in relation to Article 10 of the Convention.

68. The Court also takes note of the difference of opinion in the Supreme Court as to how much importance should be attached to the opinion of the legislature, namely, the political majority at any given time, as to the scope of freedom of expression on political issues (see paragraph 18 above; compare paragraph 75 of the judgment quoted at paragraph 21 above). The applicants emphasised that the shifting political majority should not be left a wide margin of appreciation to decide on the limits of such speech. However, it is not for the Court to take a stance on such issues of national constitutional law, which fall to the Contracting States to resolve within their own domestic legal systems. As stated above, the Court’s supervisory function is not to take the place of the national authorities but rather to review under Article 10, in the light of the case as a whole, the decisions they have taken in the exercise of their power of discretion.

69. It is against this background that the Court will examine the justifications for the disputed interference in this case; whether it was supported by relevant and sufficient reasons and was proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the balance to be struck between the applicants’ freedom of expression, on the one hand, and the reasons adduced by the Norwegian authorities for the prohibition of political advertising, on the other.

70. In this regard, the Court notes that the rationale for the statutory prohibition of broadcasting of political advertising on television was, as stated by the Supreme Court, that the use of such a form and medium of expression was likely to reduce the quality of political debate generally. In this way, complex issues might easily be distorted and groups that were financially powerful would have greater opportunities for marketing their opinions than those that were not. Pluralism and quality were central considerations, as was the fact that it was the legislature which had addressed the relevant issues for the democratic process, the legislature being better placed than any other State organs to assess how best to achieve those objectives. The Government pointed out that the ban had been limited to political advertising on television owing to the powerful and pervasive impact of this type of medium. Moreover, the prohibition had contributed to limiting election campaign costs, to reducing participants' donor dependence and ensuring a level playing field in elections. It was aimed at supporting the integrity of democratic processes, to obtain a fair framework for political and public debate and to ensure that those who could afford it did not obtain an undesirable advantage through the possibility of using the most potent and pervasive medium. Also, it helped to preserve the political impartiality of television broadcasting. These are undoubtedly relevant reasons (see *VgT*, cited above, § 73).

71. However, the Court is not convinced that these objectives were sufficient to justify the interference complained of.

72. In the first place, there is nothing to suggest that the Pensioners Party fell within the category of parties or groups that were the primary targets of the disputed prohibition, namely those which, because of their relative financial strength, might have obtained an unfair advantage over those with less resources by being able to spend more on television advertising (see *VgT*, cited above, § 75).

73. On the contrary, while the Pensioners Party belonged to a category for whose protection the ban was, in principle, intended, the Court, unlike the majority in the Supreme Court (see paragraph 62 of the Supreme Court's judgment, quoted at paragraph 20 above), is not persuaded that the ban had the desired effect. In contrast to the major political parties, which were given a large amount of attention in editorial television coverage, the Pensioners Party was hardly mentioned. Therefore, paid advertising on television became the only way for the Pensioners Party to put its message across to the public through that medium. By being denied this possibility

under the law, the Pensioners Party was at a disadvantage compared with major parties which had obtained editorial broadcasting coverage, and this could not be offset by the possibility available to it to use other, less potent, media.

74. The Court further notes that it has not been contended that the specific advertising at issue contained elements that were capable of lowering the quality of political debate (see *VgT*, cited above, § 76).

75. Moreover, as mentioned above, it does not appear that the advertising could give rise to sensitivities as to divisiveness or offensiveness, making a relaxation of the prohibition difficult. In this regard, as already stated, the case under consideration is distinguishable from that of *Murphy*, where it was such sensitivities that led the Court to accept that the filtering by a public authority, on a case-by-case basis, of unacceptable or excessive religious advertising would be difficult to apply fairly, objectively and coherently, and that a blanket ban would generate less discomfort (§§ 76-77). In *VgT*, however, where there were no such sensitivities at stake and the issues were more akin to those in the present instance, the Court struck down the blanket ban on political advertising as applied in that case.

76. In these circumstances, the fact that audio-visual media have a more immediate and powerful effect than other media (see *Jersild*, cited above, § 31), although an important consideration in the assessment of proportionality (see *Murphy*, cited above, § 69), could not justify the disputed prohibition and fine imposed in respect of the broadcasting of the political advertisements at issue (see *VgT*, cited above, § 74).

77. The view expounded by the respondent Government, supported by the third-party intervening Governments, that there was no viable alternative to a blanket ban must therefore be rejected.

78. In sum, there was not, in the Court's view, a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued by the prohibition on political advertising and the means deployed to achieve that aim. The restriction which the prohibition and the imposition of the fine entailed on the applicants' exercise of their freedom of expression cannot therefore be regarded as having been necessary in a democratic society, within the meaning of Article 10 § 2, for the protection of the rights of others, notwithstanding the margin of appreciation available to the national authorities. Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

...

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

...

Done in English, and notified in writing on 11 December 2008,
pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen
Registrar

Christos Rozakis
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Jebens is annexed to this judgment.

C.L.R.
S.N.

CONCURRING OPINION OF JUDGE JEBENS

1. I agree that the imposition of a fine on TV Vest because of its broadcasting of political advertisements for the Pensioners Party violated Article 10 of the Convention. My finding of a violation is, however, not based on the prohibition of political broadcasting on television as such, but on the particular context in which it was applied in the present case, namely the Pensioners Party's general lack of access to the medium of television broadcasting.

2. My starting point is that political speech is at the very centre of the right to freedom of expression, protected by Article 10 of the Convention. The Court's case-law confirms this, by leaving little room under Article 10 § 2 for the Contracting States to put restrictions on political speech (see, for instance, *Lingens*, cited in the judgment). However, in order to ensure that political elections reflect the opinion of the people, it may be necessary to impose some restrictions as to which means should be allowed for the transmission of political messages. The right to freedom of expression in Article 10 must therefore be considered in the light of the right to free elections protected by Article 3 of Protocol No. 1 (see *Bowman*, cited in the judgment).

3. On the basis of such considerations, I fail to see why restrictions on paid political advertisements could not be acceptable under Article 10, provided that political parties and interest groups are otherwise afforded reasonable access to the media. It should be noted that neither the *VgT* case nor the *Murphy* case (both cited in the judgment), concerned advertisements for political parties. The fact that the Court reached different conclusions in the two cases illustrates the variety of situations in this field, which calls for individual solutions. It would therefore, in my opinion, seem to be of little value to compare the present case with either of those two cases with the aim of finding the right solution. The correctness of taking an individual approach with regard to political advertisements is confirmed by the Court's case-law; see, for instance, paragraph 75 of the *VgT* judgment, where the Court stated that a ban on political advertisements might be compatible with Article 10 in certain situations, provided that it was based on grounds that met the requirements of Article 10 § 2.

4. Turning to the present case, it should be noted, firstly, that the prohibition laid down in section 3-1(3) of the Broadcasting Act was limited to political advertising on television. The rationale for the prohibition was that such advertising was likely to reduce the quality of political debate by distorting complex issues, taking into account the powerful and pervasive

impact of television. It thus transpires that the prohibition was meant to secure pluralism and quality in the political debate. Another important consideration was to prevent financially powerful groups from dominating the political forum, by being able to buy airtime on television which other, less powerful groups, could not afford. Furthermore, and in line with this, the prohibition was aimed at securing the political independence of the television broadcasters.

5. The reasons outlined above are in my view clearly relevant with respect to Article 10 § 2. Bearing in mind that the Contracting States should have a certain margin of appreciation when balancing the right to freedom of expression against the need to secure free elections, the prohibition on political advertising could not in itself be said to create a violation of Article 10 of the Convention.

6. However, when assessing whether the above restriction met the requirement of being necessary in a democratic society in the sense of Article 10 § 2, a broader evaluation is called for. It should be noted in this respect that Norway, according to the survey conducted by EPRA (see paragraph 24 of the judgment), had failed to regulate party political broadcasts, unlike the majority of European States. As a consequence, it was for the broadcasters' editorial staff to decide whether to give political parties the possibility of presenting themselves to the electorate. I agree with the applicants that the lack of rules which could have secured political parties' access to television is highly relevant when determining the scope of the State's margin of appreciation.

7. Turning to the Pensioners Party's situation, it is important to note that, according to information provided after the public hearing, it was granted very sparse coverage on television prior to the local and regional elections in 2003. It is revealing that, while the Pensioners Party was mentioned several times on Norwegian television channels in connection with the legal action brought by TV Vest concerning the legality of the fine imposed for a breach of the ban on advertising, the party was given no coverage at all with respect to its politics. Nor were any of its members invited to political debates on television. Thus, the prohibition of political advertising on television prevented the Pensioners Party from availing itself of its only opportunity to have access to the most important forum for the communication of ideas, and placed the party at a disadvantage, compared with the established political parties in Norway.

8. This, furthermore, shows that the restriction on advertising not only interfered with the right to freedom of expression, but was also not in harmony with the need to secure pluralism in editorial coverage of political campaigns. I refer in this connection to "the obligation to cover

electoral campaigns in a fair, balanced and impartial manner in the overall programme services of broadcasters” (see the Appendix to Recommendation No. R (99) 15 of the Committee of Ministers on measures concerning media coverage of election campaigns).

9. For the reasons explained above, I conclude that the restriction of the right to freedom of expression in the present case was not proportionate to the aims pursued. The interference was therefore not necessary in a democratic society, for which reason there has been a violation of Article 10 of the Convention.

TV VEST AS ET ROGALAND PENSJONISTPARTI c. NORVÈGE
(*Requête n° 21132/05*)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 11 DÉCEMBRE 2008¹

1. Traduction; original anglais. Extraits.

SOMMAIRE¹**Imposition d'une amende à une chaîne de télévision pour diffusion d'une publicité pour un petit parti politique****Article 10**

Liberté d'expression – Imposition d'une amende à une chaîne de télévision pour diffusion d'une publicité pour un petit parti politique – Interdiction légale de la publicité pour les partis politiques à la télévision – Le caractère payant du message diffusé ne lui ôte pas sa nature politique – Nécessaire dans une société démocratique – Protection des droits d'autrui – Absence de consensus au niveau européen – Marge d'appréciation – Puissance de l'impact des médias audiovisuels – Parti requérant désavantagé en matière de couverture télévisée par rapport aux grands partis – Annonce non susceptible de nuire à la qualité du débat politique ou de choquer les sensibilités – Proportionnalité – Motifs pertinents et suffisants

*

* *

Les requérants sont une entreprise de télévision et la branche régionale d'un petit parti politique (le parti des retraités). L'entreprise de télévision, ayant diffusé des messages publicitaires politiques pour le parti en violation d'une interdiction légale, se vit imposer une amende. L'interdiction en question était permanente et absolue et ne s'appliquait qu'à la télévision, tandis que la publicité politique était autorisée dans les autres médias. L'entreprise tenta, sans succès, de contester l'amende devant les juridictions internes.

Article 10: les parties s'accordent à reconnaître que l'amende a constitué une ingérence dans la liberté d'expression des requérants, qu'elle était «prévue par la loi» et qu'elle poursuivait l'objectif légitime de protéger «les droits d'autrui». Les publicités en cause consistaient en une brève présentation du parti des retraités et invitaient les téléspectateurs à voter pour ses candidats aux élections à venir. Même s'il s'agissait d'un message publicitaire payé et non d'un reportage de presse sur un débat politique, la teneur du discours en question était incontestablement de nature politique. La Cour est disposée à admettre que l'absence de consensus européen dans ce domaine plaide en faveur d'une marge d'appréciation légèrement plus large que celle normalement appliquée en matière de restrictions au débat politique. La justification de l'interdiction légale de la diffusion de publicité politique à la

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

télévision repose, comme l'a dit la Cour suprême, sur le postulat que le fait de permettre l'utilisation d'une forme et d'un moyen d'expression d'une telle puissance et touchant un public aussi large risquerait de nuire à la qualité générale du débat politique, et qu'il serait probable que des questions complexes soient déformées et que des groupes financièrement puissants aient de meilleures possibilités de promouvoir leurs opinions.

Même si elle juge ces éléments indéniablement pertinents, la Cour n'est pas convaincue qu'ils suffisent à justifier l'ingérence litigieuse. Le parti des retraités ne relève pas de la catégorie des partis ou des groupes qui étaient les cibles principales de l'interdiction. Au contraire, il appartient à une catégorie que cette mesure était censée protéger. En outre, à la différence des grands partis politiques, qui ont fait l'objet d'une large couverture télévisée, il n'a pratiquement pas été mentionné à la télévision. Ainsi, le seul moyen qu'il a eu de faire passer son message au public par ce média a été d'y acheter du temps d'antenne. La loi l'ayant privé de cette solution, il s'est trouvé désavantagé par rapport aux grands partis, et la possibilité d'utiliser d'autres médias moins puissants ne pouvait compenser ce handicap. Enfin, il n'a pas été affirmé que les messages publicitaires en cause contenaient des éléments susceptibles de nuire à la qualité du débat politique ou de choquer certaines sensibilités. Dans ces conditions, le fait que la télévision ait des effets plus immédiats et plus puissants que les autres médias ne peut justifier l'interdiction litigieuse et l'amende infligée à l'entreprise de télévision. Il n'y a donc pas eu de rapport de proportionnalité raisonnable entre le but légitime visé par l'interdiction et les moyens employés pour y parvenir. La restriction que cette interdiction et l'amende infligée ont porté à l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, nonobstant la marge d'appréciation des autorités nationales.

Conclusion : violation (unanimité).

Jurisprudence citée par la Cour

Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1), 26 avril 1979, série A n° 30

Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103

Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, 20 novembre 1989, série A n° 165

Jacobowski c. Allemagne, 23 juin 1994, série A n° 291-A

Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A n° 298

Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V

Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I

Bowman c. Royaume-Uni, 19 février 1998, *Recueil* 1998-I

Fressoz et Roire c. France [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I

Sürek c. Turquie (n° 1) [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV

Nilsen et Johnsen c. Norvège [GC], n° 23118/93, CEDH 1999-VIII

VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, n° 24699/94, CEDH 2001-VI

Murphy c. Irlande, n° 44179/98, CEDH 2003-IX

En l'affaire TV Vest AS et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège,

La Cour européenne des droits de l'homme (première section), siégeant en une chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,

Nina Vajić,

Anatoly Kovler,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 juin et 20 novembre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 21132/05) dirigée contre le Royaume de Norvège et dont une entreprise de télévision, TV Vest AS, et le parti des retraités du Rogaland, Rogaland Pensjonistparti, (« les requérants ») ont saisi la Cour le 12 mai 2005 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par M^e K. Eggen, avocat à Oslo. Le gouvernement norvégien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} T. Steen, membre du service des affaires civiles du parquet général.

3. Les requérants se plaignaient en particulier d'une amende pour violation de l'interdiction légale de diffusion de publicité politique infligée par l'Autorité nationale des médias à la première requérante au motif que celle-ci avait diffusé une publicité pour le second requérant. Ils estimaient que cette sanction avait emporté violation de l'article 10 de la Convention.

4. Par une décision du 29 novembre 2007, la Cour a déclaré la requête recevable.

5. Ultérieurement, des observations ont été reçues des gouvernements de l'Irlande et du Royaume-Uni, que le président avait autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 26 juin 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} T. Steen, membre du parquet général, *agent,*
 M^e H. Harborg, avocat, *conseil,*
 M. S. Fagernæs, conseiller au ministère de la Culture
 et des Affaires culturelles,
 M^{me} I. Conradi Andersen, membre de l'Autorité
 norvégienne des médias, *conseillers;*

– *pour les requérants*

M^e K. Eggen, avocat, *conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e K. Eggen et M^e H. Harborg.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. La première requérante, TV Vest AS, est une entreprise de télévision sise à Stavanger (comté de Rogaland), sur la côte ouest de la Norvège. Le second requérant, Rogaland Pensjonistparti, est la branche régionale de Pensjonistpartiet (« le parti des retraités »), un petit parti politique qui a obtenu, aux élections locales et régionales tenues le 15 septembre 2003, 1,3 % des voix au niveau national et 2,3 % dans le Rogaland.

A. La publicité litigieuse du parti des retraités sur TV Vest et la sanction administrative subséquente

8. Dans la perspective des élections susmentionnées, le parti sollicita l'achat de temps d'antenne sur TV Vest afin d'y faire diffuser des messages publicitaires politiques. Au printemps 2003, TV Vest, estimant ne pas agir de manière répréhensible, accepta de diffuser trois annonces différentes, d'une durée de quinze secondes chacune, sept fois par jour pendant huit jours entre le 14 août et le 12 septembre 2003, pour une somme de 30 000 couronnes norvégiennes (NOK). Les annonces visaient à exposer les valeurs du parti des retraités et à inciter les téléspectateurs à voter pour ses candidats. Elles se présentaient ainsi :

Annonce 1 :

Egil Willumsen, membre du parti des retraités : « Nous voulons que ce superbe terrain soit rendu à la population de Stavanger et du Rogaland pour y faire un hôpital spécialisé en gérontologie et dans le traitement des maladies chroniques. Votez pour le parti des retraités. »

Ecran suivant :

« Le 15 septembre, nous avons besoin de votre voix ! Votez pour le parti des retraités. »

Annnonce 2 :

Åshild Bjørnevoll, membre du parti des retraités : « Les jeunes sont notre avenir. Certains vivent dans des conditions difficiles et ils ont besoin d'aide et de soutien. S'ils ne reçoivent pas l'assistance dont ils ont besoin, les conséquences peuvent être graves pour nous tous. Votez pour le parti des retraités, pour un avenir meilleur. »

Ecran suivant :

« Le 15 septembre, nous avons besoin de votre voix ! Votez pour le parti des retraités. »

Annnonce 3 :

Tor Kristian Rønneberg, membre du parti des retraités : « Un nombre de places suffisant, dans de bonnes maisons de retraite. La sécurité de l'emploi, en particulier pour les seniors, et des plans de retraite corrects. Si cela vous intéresse, votez pour le parti des retraités. »

Ecran suivant :

« Le 15 septembre, nous avons besoin de votre voix ! Votez pour le parti des retraités. »

9. Le 12 août 2003, la première requérante signala à l'Autorité nationale des médias (*Statens medieforvaltning*, « l'Autorité des médias ») son intention de diffuser les annonces en question, en soulignant que cette démarche était protégée par l'article 10 de la Convention.

10. Elle diffusa les annonces les 14, 15, 16, 18, 28, 29 et 30 août et les 1^{er}, 3, 12 et 13 septembre 2003. Dans une déclaration publique du 30 août 2003, le second requérant, s'exprimant sur les raisons pour lesquelles il avait décidé de solliciter cette diffusion bien qu'il eût été informé de l'interdiction légale de la publicité politique à la télévision, s'expliqua ainsi :

« Le parti des retraités du Rogaland a du mal à attirer l'attention des médias. Pour nous, cette affaire est une « occasion en or » de faire connaître les valeurs et les priorités politiques du parti.

Les grands partis bénéficient de possibilités de s'exprimer extrêmement importantes dans le cadre de débats et de différentes initiatives à la radio, à la télévision et dans la presse. Le parti des retraités, quant à lui, se sent souvent exclu. Il a très peu d'occasions de se faire entendre.

De plus, dans les sondages nationaux comme dans les sondages locaux, il n'est jamais désigné de manière individuelle mais toujours rangé dans la catégorie « Autres ».

Nous, membres du parti des retraités, assumons ces messages. Nous avons choisi trois thèmes représentatifs des valeurs du parti et des approches fondamentales au niveau local (...) »

11. Par une lettre du 27 août 2003, à laquelle TV Vest répondit le 4 septembre, l'Autorité des médias avertit l'entreprise de télévision qu'elle envisageait de lui infliger une amende pour violation de l'interdiction de la publicité politique à la télévision.

12. Le 10 septembre 2003, l'Autorité des médias décida d'infliger à TV Vest, en vertu de l'article 10-3 de la loi de 1992 sur la radiotélédiffusion et de l'article 10-2 du règlement sur la radiotélédiffusion, une amende de 35 000 NOK pour violation de l'interdiction de la publicité politique à la télévision prévue à l'article 3-1 § 3 de la loi de 1992.

B. La couverture télévisée hors publicité du parti des retraités

13. Les requérants ont communiqué les informations suivantes sur la couverture télévisée dont avait fait l'objet le parti des retraités du Rogaland en août-septembre 2003 sur les trois diffuseurs ci-dessous :

– TV2 (une entreprise de télévision privée) aurait évoqué le parti des retraités en trois occasions au cours de l'année 2003 : la première, lorsque TV Vest intenta contre l'Etat norvégien une action visant à contester la légalité de l'amende qu'elle s'était vu infliger pour avoir diffusé les messages politiques en cause, la deuxième, au sujet de l'accord passé entre la liste électorale du parti et celles de trois autres petits partis, et la troisième au moment de l'annonce des résultats du scrutin. Dans aucun de ces sujets le parti local des retraités du Rogaland n'aurait été expressément mentionné.

– NRK (*Norsk rikskringkasting*, le groupe public norvégien de radiotélédiffusion) aurait diffusé deux sujets courts (commentaires en studio) pendant la campagne électorale, le 27 août et le 10 septembre 2003. Tous deux auraient concerné la présente affaire de publicité politique.

– TV Vest aurait évoqué trois fois le parti des retraités du Rogaland : le 12 août 2003, lorsqu'elle prit la décision de diffuser la publicité litigieuse, le 27 août 2003, relativement à la réaction de l'Etat aux messages en cause, et le 10 septembre 2003, au sujet de l'amende. Aucun de ces sujets n'aurait été complet ni n'aurait porté sur le programme du parti des retraités du Rogaland.

C. Le recours judiciaire de TV Vest

14. TV Vest recourut contre la décision du 10 septembre 2003 devant le tribunal d'Oslo (*Oslo tingrett*). Elle ne contestait pas le fait que les messages publicitaires litigieux avaient un caractère politique et tombaient donc sous le coup de l'interdiction posée par la loi sur la radiotélédiffusion, mais elle soutenait que cette interdiction était incompatible avec le droit

à la liberté d'expression garanti par l'article 100 de la Constitution et l'article 10 de la Convention.

15. Par une décision du 23 février 2004, le tribunal confirma la décision de l'Autorité des médias.

16. TV Vest se pourvut contre cette décision devant la Cour suprême (*Høyesterett*). Celle-ci accueillit le pourvoi en vertu de l'article 6 § 2 du code de procédure civile. Le second requérant prit part à la procédure en tant que tiers intervenant (*hjelpointervenant*).

17. Par un arrêt du 12 novembre 2004, la Cour suprême confirma, par quatre voix contre une, la décision de l'Autorité des médias.

18. Dans son opinion, à laquelle souscrivirent trois de ses collègues, le juge Oftedal Broch estima que, contrairement à la thèse de la première requérante, l'élément central de cette affaire n'était pas la liberté d'expression, mais le fait que le législateur avait pris des mesures visant à assurer le processus démocratique, qui consistaient notamment à imposer certaines limites à l'utilisation payante de la télévision comme moyen d'expression dans le débat politique. Il considérait, premièrement, qu'il y avait davantage lieu de tenir compte de l'intention du législateur à cet égard que de protéger outre mesure ce type de messages, deuxièmement, que les organes politiques étaient mieux placés que les instances judiciaires pour déterminer les mesures propres à élever le niveau du débat politique, et troisièmement, que la raison d'être de l'interdiction de la publicité télévisée en la matière était que les messages publicitaires de ce type risquaient de vicier le débat, en ce que, d'une part, il y avait de fortes chances qu'ils présentent une image déformée de questions complexes et que, d'autre part, le fait d'autoriser de telles publicités aurait donné de meilleures chances de promouvoir leurs opinions aux groupes financièrement puissants qu'aux partis ou aux groupements d'intérêts disposant de moins de moyens.

19. Ainsi, selon le juge Oftedal Broch, les préoccupations relatives à la qualité et au pluralisme du débat politique étaient essentielles et formaient la base de l'appréciation des juridictions nationales : ce n'était pas la teneur du message mais la forme et le moyen d'expression qui étaient soumis à des règles, et le parti des retraités, comme les autres partis, avait d'autres moyens de s'adresser à l'électorat. Le juge ne voyait guère de raison de considérer que l'interdiction posée à l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion était incompatible avec la liberté d'expression protégée par l'article 100 de la Constitution, que ce fût dans sa version applicable au moment des faits ou dans celle issue de la modification du 30 septembre 2004.

20. Quant à la question de la nécessité au regard de l'article 10 § 2 de la Convention, le juge Oftedal Broch tint tout particulièrement compte

des arrêts rendus par la Cour dans les affaires *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI) et *Murphy c. Irlande* (n° 44179/98, CEDH 2003-IX), qui concernaient des restrictions imposées à des émissions politiques relatives respectivement à la protection et à l'élevage des animaux (émission de télévision) et à la promotion des rassemblements religieux (émission de radio). A cet égard, le juge s'exprima ainsi :

«60. A la lumière de ces deux arrêts, comment apprécier l'interdiction de la publicité politique à la télévision en Norvège? Ni l'une ni l'autre des deux affaires n'est complètement parallèle avec le cas d'espèce. La principale différence par rapport à l'affaire *VgT* est que celle-ci concernait un groupe (l'Association contre les usines d'animaux) qui traitait d'un sujet d'intérêt actuel: la protection des animaux dans le cadre de la production industrielle de viande. L'association souhaitait participer au débat sur cette question en projetant un film. L'affaire du parti des retraités est plus proche à cet égard de l'affaire *Murphy c. Irlande* en ce sens que le parti souhaitait faire connaître au plus grand nombre son existence et son programme; ce qui la distingue, cependant, de l'affaire *Murphy* est le fait que les questions religieuses en Irlande doivent être considérées comme bien plus polémiques et susceptibles de causer des troubles sociaux bien plus importants que les mouvements politiques en Norvège. Cela étant, je vois néanmoins une grande analogie entre les arguments développés par la Cour dans l'affaire *Murphy* et ma propre appréciation de l'interdiction norvégienne au regard de l'article 10.

61. Il y a une différence capitale dans l'approche retenue par la Cour dans l'une et l'autre affaires: dans l'affaire *VgT*, elle a considéré que la marge d'appréciation de l'Etat était limitée, alors qu'elle l'a jugée large dans l'affaire *Murphy*. Un facteur qui a été mis en avant dans l'affaire *Murphy*, et qui s'applique aussi à la présente affaire, est qu'il n'existe pas de consensus européen en matière de publicité politique. Il y a de grandes différences entre les règles actuellement en vigueur dans les différents pays d'Europe. Un certain nombre de pays (la Norvège, la Suède, le Danemark, la France, l'Allemagne et l'Irlande) ont interdit la publicité politique à des degrés divers. D'autres, comme la Hongrie, la Lituanie, la Pologne, la Roumanie, les Pays-Bas et la Finlande, ne connaissent pratiquement pas de telle interdiction. Par ailleurs, les règles applicables en la matière semblent être en train de changer dans bon nombre de pays, mais les projets de modification ne vont pas dans le même sens, ce qui démontre bien la diversité des positions à ce sujet. Dans certains pays, les règles se libéralisent, tandis que dans d'autres, comme le Danemark, les interdictions existantes sont renforcées. En Norvège, le gouvernement a annoncé son intention de présenter un projet de loi autorisant la publicité politique dans certaines limites. Dans le même temps, nous avons vu que le droit de continuer à imposer une interdiction est maintenu avec la modification de l'article 100 de la Constitution norvégienne. En d'autres termes, les règles régissant la publicité politique sont en évolution constante, ce qui devrait impliquer que les Etats jouissent d'une liberté importante pour choisir leur propre réglementation à cet égard.

62. Le type d'ingérence en cause dans cette affaire plaide également en faveur d'une large marge d'appréciation. Dans la réglementation de la publicité politique, c'est bien moins la liberté d'expression de l'individu qui est en jeu que le souci d'assurer

le mieux possible le débat politique et la mise en place de cadres adaptés garantissant le caractère démocratique du processus électoral. A cet égard, nos organes politiques ont – jusqu’ici – estimé que la publicité politique à la télévision entraînait une simplification néfaste des questions politiques et donnait aux groupes financièrement plus puissants une meilleure chance de promouvoir leurs thèses. Ces considérations ont une incidence directe sur le désir d’assurer la qualité du processus politique. Dans ce domaine, il est essentiel que les institutions investies de la légitimité démocratique se voient accorder une large marge d’appréciation fondée sur leur appréciation de la situation nationale. Il doit revenir au Parlement de déterminer l’opportunité des mesures à prendre, à moins que – comme cela a été dit dans l’affaire Kjuus – celles-ci apparaissent infondées ou manifestement mauvaises pour d’autres raisons. Par ailleurs, cette limite est importante, particulièrement en l’espèce, qui a trait au fait que les conditions générales du débat politique sont fixées par la majorité parlementaire. Cela signifie que les juges doivent apporter une attention particulière au point de savoir si la solution retenue a un effet discriminatoire. En l’espèce, les motifs avancés par le Parlement à l’appui de l’interdiction de la publicité ne peuvent être considérés comme discriminatoires; au contraire, l’idée est que la publicité politique est interdite notamment parce qu’elle avantagerait les partis les plus grands et les plus puissants par rapport aux petits partis.

(...)

65. En somme, je considère que le fait d’interdire ou de réglementer la publicité politique à la télévision doit être vu avant tout comme l’instauration de limites au débat politique. Il s’agit là de décisions qui reviennent aux institutions démocratiques d’un pays et, partant, d’un domaine dans lequel les organes politiques nationaux doivent bénéficier d’une grande marge de manœuvre au regard de l’article 10 – et ce d’autant plus qu’en la matière, il n’y a pas de consensus au niveau européen, mais au contraire un ensemble de solutions nationales très diverses.

66. Compte tenu de l’ensemble des moyens dont disposent les partis politiques pour communiquer leur message à un large public, l’interdiction de la publicité politique à la télévision apparaît comme une ingérence limitée et proportionnée aux buts qu’elle vise à atteindre. Partant, les motifs justifiant les dispositions de l’article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion sont pertinents et suffisants. Cela ressort encore plus nettement à l’examen des circonstances particulières de la présente espèce, où l’interdiction de la publicité a été appliquée à un parti politique immédiatement avant une élection. En période électorale, il est particulièrement important de veiller à ce que le débat s’inscrive dans un « climat équitable », et certains pays ont d’ailleurs limité leur interdiction de la publicité à cette période précise. La possibilité qu’une interprétation large de l’interdiction de la publicité politique à la télévision aille à l’encontre de l’article 10 de la Convention, comme l’illustre l’arrêt *VgT* de la Cour, ne s’applique pas, à mon avis, aux faits de la présente espèce, qui se situent au cœur même de l’interdiction.

67. A la lumière de ce qui précède, j’estime qu’il n’y a pas eu violation de l’article 10 de la Convention.»

21. Dans son opinion dissidente, le juge Skoghøy déclara ceci :

«70. (...) J'ai conclu que la décision administrative de l'Autorité des médias d'infliger une amende à TV Vest AS était une atteinte au droit à la liberté d'expression contraire à l'article 10 de la Convention, et qu'il devait être fait droit au recours de l'intéressée. (...)

(...)

75. Lorsqu'elle détermine si une atteinte à la liberté d'expression répond à un besoin suffisamment impérieux, la Cour [européenne des droits de l'homme] accorde aux autorités et aux juridictions nationales une certaine marge d'appréciation. La raison à cela est que les instances nationales sont souvent mieux placées pour apprécier la nécessité de l'ingérence, en ce qu'elles connaissent mieux les circonstances particulières qui peuvent prévaloir dans leur pays, et que les Etats parties à la Convention sont responsables au premier chef de la protection et de la sanction des droits de l'homme (Lorenzen et al., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer* [La Convention européenne des droits de l'homme avec commentaires], 2^e édition (2003), p. 23, et Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* [Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme] (1995), p. 14). Le fait que les autorités nationales soient souvent mieux placées pour apprécier la nécessité d'une ingérence vaut aussi, de manière générale, pour la relation entre les juges nationaux et le législateur, et dans ce contexte, le principe retenu dans la jurisprudence norvégienne est que lorsque les juridictions nationales examinent la législation norvégienne sous l'angle des conventions internationales de protection des droits de l'homme, elles doivent accorder au législateur une marge d'appréciation semblable – voir par exemple l'affaire Norsk Retstidende (« Rt » – Recueil de la Cour suprême norvégienne, 1999-961). La Convention n'impose ni n'exclut une telle approche ; cependant, comme indiqué précédemment, la liberté d'expression est l'un des piliers de la démocratie, et il est donc important que les petits groupes politiques puissent eux aussi se faire entendre. Pour cette raison, il y a tout lieu de se garder d'attacher trop d'importance à l'opinion de la majorité politique à un moment donné quant à l'étendue qu'il convient de laisser à la liberté d'expression sur les questions politiques. La jurisprudence de la Cour repose aussi sur l'idée que la marge d'appréciation des Etats est relativement restreinte dans les affaires relatives à l'expression d'une opinion politique : voir les arrêts *VgT*, § 67, et *Murphy*, § 67. (...)

(...)

79. J'estime qu'à la lumière de ce qui précède, on ne saurait considérer qu'il existe un besoin social suffisamment impérieux pour interdire totalement la publicité politique à la télévision. Une interdiction totale n'est pas proportionnée aux buts visés. Même si les raisons avancées à l'appui de l'interdiction de ce type de publicité sont légitimes, elles ne sont pas suffisamment puissantes pour justifier une interdiction totale.

80. A mon avis, l'incompatibilité avec l'article 10 de la Convention d'une interdiction totale de la publicité politique ressort aussi à l'évidence de l'arrêt *VgT c. Suisse*, où la Cour déclarait, au paragraphe 75, qu'elle ne pouvait exclure qu'une interdiction de la publicité politique pût être compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention dans certaines situations, mais soulignait que pour être acceptable, une

telle interdiction devait se fonder sur des motifs répondant aux critères posés au paragraphe 2 de cet article. Cette affaire concernait l'interdiction de diffuser de la publicité politique à la radio et à la télévision. Au paragraphe 74, la Cour relevait que l'interdiction de la publicité à caractère politique qui ne s'appliquait qu'à certains médias et non à d'autres ne semblait pas procéder d'un besoin particulièrement impérieux.

81. Comme l'a indiqué le premier juge à voter, l'arrêt *VgT* portait sur une campagne publicitaire télévisée présentée par une organisation de protection des animaux. L'Etat a affirmé que cet arrêt devait être compris comme limité à la publicité idéologique, par opposition à la publicité commerciale, et que sa portée avait de toute façon été restreinte par l'arrêt *Murphy*. Je ne suis pas d'accord avec ces arguments. Les motifs exposés au paragraphe 75 de l'arrêt *VgT* concernent la publicité politique en général, et il n'y a aucune raison d'affirmer qu'ils ne valent que pour la contre-publicité idéologique à la publicité commerciale. Dans l'arrêt *Murphy*, rien ne permet non plus de dire que la Cour s'écarte de l'arrêt *VgT* ou en restreint la portée. Au contraire, elle y souligne, au paragraphe 67, que l'article 10 § 2 de la Convention laisse très peu de place aux restrictions qui visent les discours politiques ou les débats sur des questions d'intérêt général. Lorsqu'elle conclut, dans cet arrêt, à la non-violation de l'article 10, elle fonde expressément sa décision sur le fait que l'affaire *Murphy*, contrairement à l'affaire *VgT*, concerne l'expression de convictions religieuses, et qu'en pareil cas, les Etats doivent bénéficier d'une marge d'appréciation plus importante (paragraphe 67 de l'arrêt *Murphy*). Dans sa motivation, elle souligne le caractère extrêmement sensible de la question de la diffusion de publicité religieuse en Irlande (paragraphe 73). Dans la mesure où la Cour y met l'accent sur la différence entre publicité politique et publicité religieuse et y souligne les considérations particulières qui s'appliquent au cas de l'expression de convictions religieuses en Irlande, j'estime que l'arrêt *Murphy* n'affaiblit pas l'analyse retenue dans l'arrêt *VgT* au sujet de la publicité politique à la télévision, mais au contraire la renforce et l'étaie.

(...)

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

22. L'article 3-1 § 3 de la loi de 1992 sur la radiotélédiffusion est ainsi libellé :

« Les diffuseurs ne font pas passer à la télévision, même par télétexte, de publicités pour une philosophie de vie ou des opinions politiques. »

23. Le Gouvernement indique que l'Autorité des médias a considéré en 2005 qu'une publicité diffusée par TV2 pour un groupe antiterroriste appelé European Security Advocacy Group (ESAG) contenait un message politique relevant clairement de l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion, mais que l'interdiction ne pouvait pas lui être appliquée car cela aurait emporté violation de l'article 10 de la Convention. L'Autorité des médias estima alors que les faits étaient différents de ceux de l'affaire TV Vest sur laquelle s'était prononcée la Cour suprême, en ce que la publicité de l'ESAG devait être considérée comme une contribution à un débat public général

sur la manière de combattre le terrorisme, qu'elle n'avait pas été diffusée en période électorale, et qu'elle n'était pas liée à un parti ou une organisation politique, mais à un groupement d'intérêt (social). Elle considéra donc que le cas était plus proche de l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* et que, en appliquant une marge d'appréciation étroite, on ne pouvait pas dire que l'ingérence litigieuse aurait été nécessaire aux fins de l'article 10 § 2 de la Convention.

III. LE DROIT COMPARÉ

24. Le gouvernement défendeur a communiqué une copie d'une étude menée par le Secrétariat de la plate-forme européenne des instances de régulation (EPRA), à l'occasion de la 23^e rencontre de la plate-forme tenue à Elseneur (Danemark) du 17 au 19 mai 2006. Ce document de travail de session plénière intitulé « *Political advertising: case studies and monitoring* » (La publicité politique : études de cas et contrôle) a été établi à partir des réponses à un questionnaire reçues des autorités des trente et un pays ou territoires suivants : Allemagne, Autriche, Belgique (x 2), Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, France, Grèce, Hongrie, île de Man, Irlande, Israël (x 2), Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Suède et Suisse (x 2). On y trouve les informations suivantes :

« • Pays interdisant la publicité politique payante »

La publicité politique payante est interdite par la loi dans la grande majorité des pays d'Europe occidentale (Allemagne, Belgique, Danemark, France, Irlande, Malte, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse). Plusieurs pays d'Europe centrale et orientale, dont la République tchèque et la Roumanie, l'interdisent également.

La justification classiquement avancée à l'appui de cette interdiction est que les partis riches ou dominants pourraient acheter bien plus de temps d'antenne que les partis nouveaux ou minoritaires, et que cette situation serait en pratique discriminatoire. Un autre motif invoqué pour restreindre ou interdire ce type de publicité est qu'elle risquerait de diviser la société et d'être source de préoccupation publique. Il a également été suggéré, moins fréquemment toutefois, que cette interdiction préserverait la qualité du débat politique.

• Pays autorisant la publicité politique payante

La publicité politique payante est autorisée dans bon nombre de pays d'Europe centrale et orientale (Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Hongrie, Macédoine, Pologne) ainsi que dans les pays baltes – Estonie, Lettonie et Lituanie. Dans quelques pays, la publicité politique n'est autorisée que pendant la période électorale. C'est le cas par exemple en Bosnie-Herzégovine (soixante jours avant le scrutin) et en Croatie.

On oublie souvent que plusieurs pays d'Europe occidentale, tels que l'Autriche, la Finlande, le Luxembourg (actuellement, mais cela va changer prochainement) ou encore les Pays-Bas autorisent également la publicité politique payante.

En Italie, jusqu'en 2003, la publicité politique payante, c'est-à-dire l'achat d'espaces libres, était aussi autorisée sur les chaînes nationales, sous réserve qu'elles diffusent également des « espaces de communication politique » (*spazi di comunicazione politica*), c'est-à-dire des programmes de débat avec la participation de politiciens ; aujourd'hui, elle n'est plus autorisée que sur les chaînes locales, où elle ne doit pas coûter plus de 70 % du prix des publicités commerciales, tandis que les chaînes nationales ne peuvent diffuser ce type de messages que gratuitement.

En Grèce, où la publicité politique personnelle est soumise à une interdiction complète et permanente, la publicité politique payante pour les partis politiques n'est pas interdite.

En Espagne, si l'interdiction de la publicité politique est permanente en ce qui concerne les chaînes de télévision, le code électoral l'autorise sur les chaînes de radio commerciales, uniquement pendant la période électorale.

Le principal argument en faveur de la publicité politique payante est qu'elle peut permettre à de nouveaux candidats de se faire connaître. On dit souvent aussi que le droit à la publicité politique fait partie intégrante du droit à la liberté d'expression et d'information.

(...)

• **Pays allouant un temps d'antenne gratuit pour les partis politiques et/ou les candidats**

Dans la plupart des pays (Allemagne, Belgique (communauté francophone), Estonie, France, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, République tchèque), les partis bénéficient généralement d'un temps d'antenne gratuit pour présenter leur programme, parfois sous forme de courts messages publicitaires. Les diffuseurs sont en principe dédommagés de leurs frais techniques soit par l'Etat soit directement par les partis.

(...)

• **Pays sans système de temps d'antenne gratuit**

Plusieurs pays ne prévoient pas de temps d'antenne gratuit pour les partis politiques. Dans quelques pays (Belgique (communauté d'expression flamande), Bulgarie, Norvège, Suède), les partis ne disposent pas de temps d'antenne gratuit pour présenter leur programme. Dans d'autres pays (Chypre, Finlande, Suisse), le choix est laissé aux diffuseurs, qui permettent parfois cette pratique sur la base du volontariat. »

25. La Recommandation n° R (99) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias indique ceci :

5. Publicité politique payante

« Dans les Etats membres où les partis politiques et les candidats ont le droit d'acheter de l'espace publicitaire à des fins électorales, les cadres de régulation devraient faire en sorte que :

- la possibilité d'acheter de l'espace publicitaire soit accordée à tous les partis concurrents, dans les mêmes conditions et sur la base de tarifs égaux ;
- le public sache que le message constitue une publicité politique payante.

Les Etats membres pourraient étudier l'introduction dans leurs cadres de régulation d'une disposition limitant le volume d'espace publicitaire politique que les partis politiques ou les candidats peuvent acheter. »

26. On trouve dans l'exposé des motifs de cette recommandation, à l'égard de ce qui précède, les observations suivantes :

Publicité politique payante

« 47. La publicité politique payante dans les médias du secteur de la radiodiffusion a été traditionnellement interdite dans de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe, tout en étant en même temps acceptée dans d'autres. Un de ses principaux avantages est la possibilité pour toutes les forces politiques de diffuser largement leurs messages/programmes. En revanche, elle peut donner un avantage indu aux partis ou candidats qui peuvent acheter un temps d'antenne important.

48. Etant donné les différentes positions prises à ce sujet, la recommandation ne tranche pas la question de savoir s'il faut ou non accepter cette pratique, se bornant à indiquer que si la publicité payante est autorisée, elle devrait être assujettie à certaines règles minimales : premièrement, accorder des conditions égales (en matière d'accès et de tarifs) à tous les partis demandant un temps d'antenne ; deuxièmement, le public devrait savoir que le message est une publicité payante.

49. On peut également considérer nécessaire d'imposer des limites au volume de publicité payante pouvant être achetée par un seul parti. La recommandation ne précise pas toutefois s'il est souhaitable de faire ainsi et ne fixe pas non plus de limites précises à cette forme de publicité achetée, car l'on a estimé que la décision à ce sujet devait être prise au niveau national. »

27. Le 7 novembre 2007, le Comité des Ministres a adopté la recommandation CM/Rec(2007)15, qui portait révision de la recommandation n° R (99) 15. En ce qui concerne les dispositions mentionnées ci-dessus, le projet d'exposé des motifs (CM(2007) 155 add) comporte le nouveau passage suivant :

« 78. Etant donné les différentes positions prises à ce sujet, la recommandation CM Rec(2007) (...) ne tranche pas la question de savoir s'il faut ou non accepter cette pratique, se bornant à indiquer que *si la publicité payante est autorisée, elle devrait être assujettie à certaines règles minimales*, en particulier qu'il soit accordé des conditions égales (en matière d'accès et de tarifs) à tous les partis demandant un temps d'antenne. »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

28. Les requérants voient dans l'amende infligée par l'Autorité nationale des médias (*Statens medieforvaltning* – «l'Autorité des médias») le 10 septembre 2003 et confirmée en dernière instance par la Cour suprême le 12 novembre 2004 une violation de l'article 10 de la Convention, dont les passages pertinents sont ainsi libellés :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...)

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...) à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, (...) ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

29. Les parties s'accordent à reconnaître que la mesure litigieuse a constitué une ingérence dans la liberté d'expression des requérants garantie par le paragraphe 1 de cette disposition, qu'elle était prévue par la loi, à savoir les articles 3-1 § 3 et 10-3 de la loi sur la radiotélédiffusion, et qu'elle poursuivait l'objectif légitime de protéger « les droits d'autrui » au sens de l'article 10 § 2 de la Convention. La Cour ne voit pas de raison de conclure différemment.

En revanche, les parties sont en désaccord sur le point de savoir si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique.

A. Thèses des parties

1. Les requérants

30. Les requérants soutiennent que l'interdiction absolue de la publicité politique à la télévision combinée avec l'absence de règles prévoyant un temps d'antenne pour les partis politiques a eu pour effet d'empêcher le parti des retraités de communiquer directement avec son électorat au moyen de la télévision. Cette interdiction absolue ne serait ni justifiée par des motifs suffisants ni proportionnée aux objectifs visés.

31. Les requérants arguent qu'en Norvège, la publicité politique est autorisée sans restriction dans tous les médias autres que la télévision

et qu'aucune raison déterminante ne peut justifier une telle différence d'approche en ce qui concerne la télédiffusion.

32. Les messages diffusés auraient porté sur les valeurs fondamentales du parti des retraités et n'auraient contenu aucune déclaration pouvant raisonnablement être vue comme déformant le débat politique ou nuisant à sa qualité.

33. Le parti des retraités serait un petit parti politique ne disposant pas de moyens financiers importants ni du soutien de puissants groupes financiers. On ne parlerait pratiquement jamais de lui à la télévision et il aurait donc eu réellement besoin d'établir un contact direct avec l'électorat.

34. Ce besoin aurait été particulièrement impérieux puisque, à la différence de nombreux autres États européens, tels que le Royaume-Uni, la Norvège n'aurait pas de système d'attribution de temps d'antenne pour les partis politiques dans lequel ceux-ci bénéficieraient d'un temps gratuit pour présenter leur programme directement à l'électorat. Comme le confirmerait l'étude menée par le Secrétariat de la plate-forme européenne des instances de régulation (EPRA) (paragraphe 24 ci-dessus), le pays serait l'un des seuls États contractants à interdire la publicité politique à la télévision sans réglementer le temps d'antenne des partis politiques. Il serait important de garder cet élément à l'esprit au moment de déterminer la portée de la marge d'appréciation. Cet état de fait signifierait en pratique que le discours politique à la télévision serait canalisé par les équipes éditoriales des diffuseurs, qui filtreraient l'accès des politiques à l'antenne. Les grands partis et les politiciens connus s'en trouveraient favorisés, tandis que les petits partis comme celui des retraités en souffriraient et se trouveraient en fait empêchés d'accéder réellement à l'espace public par l'intermédiaire de la télévision. Loin de placer tous les partis sur un pied d'égalité, l'interdiction totale de toutes les formes de publicité politique à la télévision aurait au contraire l'effet inverse.

35. L'étude de l'EPRA montrerait que de nombreux pays ont réussi à encadrer la publicité politique payante par des moyens moins extrêmes qu'une interdiction absolue, ce qui remettrait en cause l'argument du Gouvernement selon lequel l'interdiction est la seule manière possible d'atteindre l'objectif poursuivi. Il serait également infondé de dire qu'un constat de violation de l'article 10 en l'espèce aurait des incidences sur des aspects importants de la démocratie norvégienne tels que la structure et la taille des partis politiques, le financement des partis et la conduite des campagnes électorales.

36. La présente affaire concernant la publication du discours politique d'un parti avant un scrutin politique, le discours en question relèverait du cœur même de la liberté protégée par l'article 10 de la Convention.

Selon les requérants, si, dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI), la Cour a appliqué une marge d'appréciation stricte pour un discours « d'intérêt général », l'interprétation devrait l'être encore plus pour un discours politique émanant d'un parti politique. A la différence de l'affaire *Murphy c. Irlande* (n° 44179/98, CEDH 2003-IX), la présente affaire ne ferait pas intervenir de spécificité liée à des sensibilités propres au pays qui fussent de nature à justifier l'application d'une marge d'appréciation particulière ou le fait d'accorder une telle importance à la puissance et à l'omniprésence des médias.

37. Les requérants ne nient pas que l'absence de consensus au niveau européen puisse être un facteur pertinent pour déterminer la portée de la marge d'appréciation des Etats contractants. Ce ne serait là, cependant, qu'un facteur à prendre en compte parmi bien d'autres. La jurisprudence de la Cour sur l'article 10 montrerait, notamment dans le domaine de la diffamation, que l'absence de consensus ne l'empêche pas d'appliquer une marge d'appréciation étroite. Il ressortirait des arrêts *VgT Verein gegen Tierfabriken* et *Murphy* que la nature du discours en cause est déterminante en ce qui concerne la portée de la marge d'appréciation, et que celle-ci est étroite dans le domaine du discours politique.

38. En retenant une marge d'appréciation large, les juges majoritaires de la Cour suprême n'auraient tenu compte que des circonstances générales prévalant dans certains Etats contractants. Les requérants estiment que, contrairement à la conclusion de la haute juridiction selon laquelle il faut accorder un poids important à la décision du Parlement d'interdire la publicité politique, la majorité politique prévalant à un moment donné ne doit pas bénéficier d'une large marge d'appréciation en matière de réglementation du processus politique. Comme l'aurait souligné à juste titre le juge dissident, l'idée fondamentale qui sous-tend la protection de la liberté d'expression serait celle de la protection de la minorité politique contre les restrictions imposées en la matière par la majorité.

39. L'approche de la Cour suprême consistant à dire que l'opinion du Parlement sur le sujet devrait prévaloir à moins d'être manifestement infondée ou dénuée d'objectivité serait erronée et aurait empêché la haute juridiction d'examiner la nécessité de l'interdiction dans les circonstances concrètes de l'espèce.

40. A la lumière de ce qui précède, les requérants soutiennent que les motifs invoqués par la Cour suprême n'étaient ni proportionnés ni suffisants pour justifier l'ingérence et établir qu'elle était nécessaire dans une société démocratique.

2. Le Gouvernement

41. Selon le Gouvernement, la problématique principale de cette affaire n'est pas la protection de la liberté d'expression mais, d'abord et avant tout, l'intégrité du processus démocratique, et en particulier le droit du public (des électeurs) – protégé tant par la Déclaration universelle des droits de l'homme que par le Protocole n° 1 – à des élections équitables et démocratiques. L'essence même de la démocratie résiderait dans le caractère équitable de ses élections et la possibilité pour tous les partis d'y participer sur un pied d'égalité, sans que l'un d'eux puisse acheter un avantage indu sous la forme d'une publicité télévisée.

42. Ce qui serait en cause ici serait la publicité politique au sens strict, c'est-à-dire la diffusion de messages publicitaires par un parti politique en période électorale, aux fins d'influencer l'issue du scrutin. On se trouverait là au cœur de l'interdiction posée à l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion. L'interdiction litigieuse serait limitée à la publicité télévisée en raison de l'impact puissant et généralisé de ce média. Ne s'appliquant pas aux autres médias, elle aurait des conséquences limitées sur la liberté d'expression. De nombreuses autres possibilités de publicité politique seraient disponibles, efficaces et très utilisées, par exemple la presse écrite, la radio, Internet, les panneaux d'affichage, les tracts, etc.

43. L'interdiction de la publicité politique à la télévision ne viserait nullement à restreindre le discours politique ou le débat sur des questions d'intérêt public. Elle aurait pour but de protéger l'expression politique en assurant l'équité et l'égalité de tous, et en préservant la qualité du débat politique. Par nature, les messages publicitaires seraient diffusés sans opposition, correction ou filtre par une presse critique, et leur objectif serait clairement partial. Ils présenteraient souvent du candidat et de son message politique une image travaillée, qui ne serait pas sans rappeler la forme et le fond fréquemment utilisés dans la propagande des régimes totalitaires. La possibilité d'acheter de la publicité à la télévision avantagerait clairement les plus riches et/ou les intérêts dominants de la société. Il serait donc nécessaire d'éviter cette discrimination *de facto* qui déformerait le processus démocratique au bénéfice des plus riches et des plus puissants.

44. L'interdiction en cause garantirait l'impartialité politique du contenu diffusé à la télévision. Elle permettrait également de limiter le montant total des dépenses de campagne des partis politiques et des groupements d'intérêt, de réduire leur dépendance à l'égard des riches donateurs et de placer tous les candidats aux élections sur un pied d'égalité. Il s'agirait de garantir l'intégrité du processus démocratique et l'existence d'un cadre de débat politique et public équitable, et d'éviter que ceux qui en auraient

les moyens puissent obtenir un avantage indu en utilisant le média le plus puissant et le plus répandu. Le droit à la liberté d'expression devrait donc être soupesé à la lumière du droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole n° 1. L'interdiction norvégienne, comme celles existant dans plusieurs autres Etats contractants, aurait pour objectif d'assurer la « libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Elle répondrait donc à un but extrêmement important pour la démocratie.

45. La question que soulève la présente espèce serait inévitablement liée au cadre législatif du processus électoral démocratique norvégien. Une issue négative à cette affaire aurait des incidences sur des aspects importants de la société démocratique norvégienne, tels que la structure et la taille des partis politiques, leur financement et la manière dont les campagnes électorales seraient menées. Cet élément militerait également en faveur d'une large marge d'appréciation, comme l'aurait déjà dit la Cour dans d'autres arrêts, notamment l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* (19 février 1998, § 43, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I).

46. En Norvège, les élus de la nation auraient seulement jugé absolument nécessaire d'interdire la publicité politique à la télévision, qui serait indubitablement un média exceptionnel de par le caractère généralisé du public qu'il touche et le montant des ressources nécessaires pour y acheter du temps d'antenne. A cet égard, le Gouvernement s'appuie sur l'arrêt *Murphy* (précité, § 69), dans lequel la Cour a estimé que l'impact potentiel du moyen d'expression concerné devait être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence; et il rappelle que la Cour a également expliqué qu'il faut tenir compte du fait que les médias audiovisuels ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite. Enfin, il renvoie à la Recommandation n° R (99) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias, dans laquelle le Comité des Ministres souligne « la nécessité de tenir compte des différences significatives qui existent entre la presse écrite et les médias du secteur de la radiodiffusion ». Ainsi, à partir de cette prémisse communément acceptée, la question dont est saisie la Cour porterait sur le point de savoir s'il existe un besoin social impérieux d'interdire la publicité politique à la télévision en Norvège.

47. L'existence générale d'un tel besoin serait clairement illustrée par le fait que de nombreux Etats contractants ont jugé nécessaire d'interdire toute publicité politique à la télévision.

48. Le Gouvernement estime intenable l'approche des requérants, qui implique selon lui que les partis ou les groupes disposant de peu de moyens devraient bénéficier d'une dérogation à cette interdiction. S'appuyant sur

l'affaire *Murphy*, dans laquelle la Cour a dit, au sujet de la publicité religieuse, qu'une approche au cas par cas serait difficile à appliquer équitablement, objectivement et de manière cohérente, il arguë qu'une interdiction totale est source de moins de désagréments que le filtrage quantitatif et qualitatif des messages en fonction des groupes dont ils proviennent, et que l'imposition de limites en matière de durée et de fréquence et/ou de coûts pour les messages publicitaires ne garantirait pas l'égalité des armes dans la même mesure que ne le fait une interdiction absolue. En outre, hormis les difficultés liées à la définition de limites équitables, il estime qu'il serait facile de contourner de telles limites et que leur mise en œuvre effective au moment où elles seraient le plus nécessaires, c'est-à-dire en période électorale, serait problématique. Selon lui, des transgressions pourraient toujours être découvertes après les élections, mais il serait alors trop tard.

49. De l'avis du Gouvernement, les organes élus et représentatifs de la nation sont mieux placés que les juridictions internes pour apprécier l'existence d'un besoin social impérieux, en particulier lorsque le but de l'interdiction est d'assurer l'intégrité du processus démocratique national; et c'est *a fortiori* le cas pour les juridictions internationales, qui sont encore plus éloignées du fonctionnement de la démocratie en question, et le connaissent moins bien. A cet égard, il souligne que les Parlements nationaux sont en contact direct et constant avec les forces vives de leur pays, et que la protection et la promotion de la démocratie sont au cœur des responsabilités des représentants élus des Etats contractants.

50. Le Gouvernement indique que l'interdiction norvégienne a été soigneusement examinée en plusieurs occasions, la dernière remontant au mois de mai 2006, et que le Parlement et l'exécutif ont estimé qu'il s'agissait d'une mesure nécessaire à la préservation d'éléments capitaux de la démocratie nationale. Arguant que l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* est ambigu et concerne des circonstances différentes de celles de la présente espèce, et que l'approche adoptée dans cet arrêt reposait sur les faits propres à l'affaire, il invite la Cour à ne pas suivre à la lettre les conclusions qu'elle y a formulées. Il la prie au contraire de suivre le raisonnement général qu'elle a retenu dans l'arrêt *Murphy*, en particulier en ce qu'il reprend la logique développée dans les arrêts *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* (2 mars 1987, série A n° 113) et *Bowman* (précité, § 43) relativement à l'article 3 du Protocole n° 1.

51. Le Gouvernement souligne l'absence, premièrement, de conception uniforme au niveau européen des impératifs de la protection des droits d'autrui en matière de diffusion de publicité politique à la télévision, deuxièmement, de consensus législatif quant à la nécessité de distinguer la publicité politique télédiffusée des autres types de publicité politique par des

règles spéciales, pendant les périodes électorales ou hors de ces périodes, et troisièmement, de solution arrêtée sur la question de la publicité politique. Ces divergences seraient démontrées par le fait que les pays européens, qui ont chacun leur propre histoire et leurs propres traditions, ont adopté des positions très différentes quant à la nécessité d'une interdiction. Ainsi, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, le Gouvernement conclut que les Etats contractants devraient bénéficier d'une marge d'appréciation plus large lorsqu'il s'agit de réglementer ce type de publicité.

3. *Les tiers*

52. Le gouvernement irlandais a communiqué des informations relatives au cadre législatif irlandais, notamment pour ce qui est de l'application de l'article 10 § 3 de la loi de 1988 sur la radio et la télévision, qui était en cause dans l'affaire *Murphy* susmentionnée et qui est ainsi libellé :

« Aucune annonce à caractère religieux ou politique ou qui se rapporte d'une façon quelconque à un conflit social ne peut être diffusée. »

53. Renvoyant aux arrêts rendus par la Cour suprême irlandaise dans les affaires *Murphy c. IRTC* ([1999] 1 IR 12) et *Colgan c. IRTC* ([2002] IR 490), le gouvernement irlandais estime que l'interdiction de la publicité religieuse et l'interdiction de la publicité politique découlent de préoccupations identiques ou analogues quant au caractère sensible ou choquant et aux dissensions que ces publicités sont susceptibles de causer, et qu'il serait donc inopportun de leur appliquer des marges d'appréciation différentes, d'autant plus que la différence entre publicité politique et publicité religieuse n'est pas toujours claire, comme le montrerait la décision rendue dans l'affaire d'avortement *Colgan*. En conséquence, le gouvernement irlandais invite la Cour à appliquer également une large marge d'appréciation à la publicité politique, et à préférer l'approche de l'arrêt *Murphy* à celle suivie dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*. De plus, il vaudrait mieux, selon lui, que la Cour, comme dans l'arrêt *Murphy*, juge inopportun la mise en place d'un filtrage, lui préférant une interdiction totale, plutôt que de dire, comme dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*, que l'interdiction de la publicité politique peut *dans certaines situations* être compatible avec l'article 10 de la Convention (même si elle ne l'était pas dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*).

54. Le gouvernement britannique a communiqué des informations relatives à la situation juridique au Royaume-Uni, où, depuis que la loi de 1954 sur la télévision a créé la première chaîne de télévision commerciale, toutes les lois ont interdit la publicité politique à la radio et à la télévision. Lorsqu'il a adopté la loi de 2003 sur les communications, le Parlement a

estimé qu'il était important de maintenir cette interdiction, pour les motifs suivants: 1) la radiotélédiffusion est un média particulièrement puissant, qui touche un public extrêmement large, or l'importance de l'impartialité est fondamentale; 2) en l'absence d'interdiction, il existerait un risque inacceptable que le débat politique soit détourné de manière inéquitable en faveur des opinions de ceux qui seraient assez fortunés pour dépenser les sommes les plus importantes en publicité, et ceux qui auraient un point de vue différent seraient contraints de choisir entre trouver de riches bailleurs de fond pour payer un temps égal ou ne pas répondre; 3) l'interdiction s'applique à l'ensemble de la publicité politique, quel qu'en soit le contenu: il n'y a pas de discrimination en fonction du message.

55. Le gouvernement britannique invite la Cour à «limiter l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken* aux circonstances factuelles qui lui sont propres ou à s'en écarter». Dans cet arrêt, la Cour aurait rejeté sans explication ni analyse la thèse selon laquelle la puissance des médias de radiotélédiffusion et leur impact extrêmement large justifiaient qu'on leur appliquât en matière de publicité politique des restrictions particulières qui n'étaient pas applicables aux autres médias. Elle n'aurait pas non plus tenu compte de l'importance du fait que la requérante disposait d'autres moyens pour poursuivre ses objectifs politiques, ni traité l'argument selon lequel ce type de publicité risquait de nuire à l'impartialité du diffuseur – argument qu'elle aurait cependant admis dans l'arrêt *Murphy* au sujet de la publicité religieuse. Selon le gouvernement britannique, la Cour semble ne pas avoir compris la justification de l'interdiction de la publicité politique, qui serait qu'une telle interdiction ne peut faire de distinction entre différents groupes sur le fondement de leur puissance, de leurs moyens financiers ou de l'influence qu'ils se trouvent avoir à un moment donné. Le législateur serait fondé à conclure à l'absence de fondement exploitable pour une telle interdiction partielle. Quant à l'argument selon lequel le législateur s'efforçait de protéger un intérêt fondamental pour la société démocratique, à savoir le souci que le débat et le processus politiques ne soient pas altérés par ceux qui auraient la volonté et la capacité de dépenser des sommes importantes pour propager leurs opinions par l'intermédiaire des médias puissants que sont la radio et la télévision, la Cour ne l'aurait pas non plus examiné, sans parler d'y répondre. Elle aurait cependant reconnu dans l'affaire *Bowman* qu'il s'agissait là d'un but légitime susceptible de justifier les restrictions à la liberté d'expression politique. Par ailleurs, dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*, elle n'aurait pas tenu compte du fait que la Suisse était loin de constituer un cas isolé d'Etat dont la législation interdisait la radiotélédiffusion de publicité politique sans appliquer la même restriction à d'autres médias.

56. Comme l'affaire *Bowman*, la présente espèce ne concernerait pas simplement des restrictions au discours politique; il s'agirait de mettre en balance la liberté d'expression dans le discours politique et la nécessité de préserver l'intégrité du processus démocratique dans l'intérêt public, matière dans laquelle l'État bénéficierait d'une marge d'appréciation. En tout état de cause, il serait difficile dans ce contexte de distinguer la religion et la morale de la politique.

57. Le gouvernement britannique a communiqué une copie d'un arrêt du 12 mars 2008 ([2008] UKHL 15) dans lequel la Chambre des Lords rejetait un recours formé par Animal Defenders International, estimant que l'interdiction de la radiotélédiffusion de publicité politique au Royaume-Uni imposée par la loi de 2003 sur les communications était compatible avec l'article 10 de la Convention.

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

58. La vérification du caractère «nécessaire dans une société démocratique» de l'ingérence litigieuse impose à la Cour de rechercher si celle-ci correspond à un «besoin social impérieux», si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants (*Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, § 62, série A n° 30). Pour déterminer s'il existe pareil «besoin» et quelles mesures doivent être adoptées pour y répondre, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée mais va de pair avec un contrôle européen exercé par la Cour, qui doit dire en dernier ressort si une restriction se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10.

59. Sur ce point, d'après la jurisprudence de la Cour, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt général (*Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §§ 38 et 42, série A n° 103, *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58, *Recueil* 1996-V, *Sürek c. Turquie* (n° 1) [GC], n° 26682/95, § 61, CEDH 1999-IV, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 45, *Recueil* 1998-I, *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, § 46, CEDH 1999-VIII, *VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 66, et *Murphy*, précité, § 67).

60. En outre, la Cour a déjà dit que l'impact potentiel du moyen d'expression concerné doit être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Elle a expliqué qu'il faut tenir compte du

fait que les médias audiovisuels ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite (*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A n° 298, et *Murphy*, précité, § 69).

61. Il convient également de souligner que dans l'arrêt *Bowman* (précité, § 41) la Cour a jugé, quant à certaines limites posées aux dépenses de campagne par le droit électoral, qu'en pareil contexte, il fallait considérer le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 à la lumière du droit de tenir des élections libres, protégé par l'article 3 du Protocole n° 1, ainsi libellé :

«Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.»

Dans cette affaire, la Cour a également dit ceci :

«42. Des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique (l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987, série A n° 113, p. 22, § 47, et l'arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, §§ 41-42). Les deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre : par exemple, comme la Cour l'a relevé dans le passé, la liberté d'expression est l'une des «conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif» (arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, p. 24, § 54). C'est pourquoi il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement.

43. Néanmoins, dans certaines circonstances, ces droits peuvent entrer en conflit, ce qui peut inciter à juger nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir «la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif». La Cour reconnaît qu'en ménageant un équilibre entre ces deux droits, les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation, comme c'est généralement le cas s'agissant de l'organisation de leur système électoral (arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité, pp. 23-24, §§ 52 et 54).»

62. En somme, la Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce ce contrôle, de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation (voir, parmi maints autres, l'arrêt *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 45, CEDH 1999-I).

2. Application de ces principes en l'espèce

63. Dans les circonstances particulières de la présente espèce, la Cour observe d'emblée que la décision litigieuse du 10 septembre 2003 par laquelle l'Autorité des médias a infligé une amende à TV Vest a été prise au

motif que celle-ci avait diffusé des messages publicitaires politiques pour le parti des retraités en violation de l'interdiction de la publicité politique à la télévision énoncée à l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion. Cette interdiction était permanente et absolue et ne s'appliquait qu'à la télévision, tandis que la publicité politique était autorisée dans tous les autres médias.

64. Les publicités en cause consistaient en une brève présentation du parti des retraités et invitaient les téléspectateurs à voter pour le parti aux élections à venir. Même s'il s'agissait d'un message publicitaire payé et non d'un reportage de presse sur un débat politique, la teneur du discours en question était incontestablement de nature politique. Ainsi, comme dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*, la publicité en cause se situait clairement hors du domaine commercial de la vente de produits, dans lequel les Etats jouissent traditionnellement d'une large marge d'appréciation (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 69, *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 33, série A n° 165, et *Jacobowski c. Allemagne*, 23 juin 1994, § 26, série A n° 291-A). De plus, à la différence de l'affaire *Murphy* (précité, § 67), rien ne suggère en l'espèce que les publicités en question contenaient le moindre élément susceptible de choquer les convictions personnelles morales ou religieuses de quiconque. Pour ces seuls motifs, la Cour ne peut souscrire à l'opinion exprimée par la majorité de la Cour suprême selon laquelle la présente affaire est plus proche de l'affaire *Murphy* que de l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken* (voir les paragraphes 60 et 61 de l'arrêt de la Cour suprême, cités au paragraphe 20 ci-dessus). Au contraire, elle considère comme la minorité (paragraphes 80 et 81 de l'arrêt de la Cour suprême, cités au paragraphe 21 ci-dessus) que la nature politique des publicités interdites appelle un examen strict de sa part et une marge nationale d'appréciation limitée en conséquence quant à la nécessité des restrictions (*VgT Verein gegen Tierfabriken* (précité, § 71) et *Murphy* (précité, § 67)).

65. Dans ce contexte, la Cour a également pris note des observations que le Gouvernement a formulées au sujet de sa jurisprudence relative à l'article 3 du Protocole n° 1 (paragraphes 44 et 50 ci-dessus), selon lesquelles les Etats contractants jouiraient d'une large marge d'appréciation pour ménager un juste équilibre entre la liberté d'expression et la nécessité d'y imposer des restrictions afin d'assurer la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. Comme cela a déjà été reconnu dans la jurisprudence de la Cour (voir les références au paragraphe 61 ci-dessus), l'absence de consensus entre les Etats parties à la Convention au sujet de la réglementation du droit de vote et du droit de se porter candidat à des élections peut justifier qu'ils se voient accorder une large marge d'appréciation dans ce domaine.

66. Cependant, s'il est vrai que les messages en cause, diffusés entre le 14 août et le 13 septembre 2003, s'inscrivaient dans le cadre de la campagne pour les élections locales et régionales de la même année, l'interdiction de la publicité prévue par l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion était absolue et permanente, et elle ne s'appliquait pas spécialement aux élections. Dans ces circonstances, la Cour ne juge pas approprié en l'espèce d'accorder un poids important aux différentes justifications avancées sur le fondement de l'article 3 du Protocole n° 1 en faveur d'une large marge d'appréciation nationale. Si elle le faisait, elle laisserait l'application de cette disposition à la discrétion des Etats contractants dans une mesure susceptible d'avoir des effets incompatibles avec la position privilégiée qu'occupe la liberté du discours politique en vertu de l'article 10 de la Convention.

67. La Cour a également examiné le point de savoir si, au-delà des arguments tirés de l'article 3 du Protocole n° 1, les différences existant entre les différents systèmes internes en matière de diffusion de publicité politique à la télévision pouvaient justifier une large marge d'appréciation. Selon les rapports de droit comparé établis par l'EPRA sur trente pays d'Europe, 1) treize appliquent une interdiction légale de la publicité politique payante en radiotélédiffusion ; 2) dix l'autorisent ; 3) onze (dont cinq des treize pays cités en 1)) prévoient un temps d'antenne gratuit pour les partis politiques et les candidats pendant les campagnes électorales ; 4) plusieurs ne prévoient pas de temps d'antenne gratuit (paragraphe 24 ci-dessus). Dans la mesure où l'on pourrait considérer que cette absence de consensus européen découle de différentes perceptions de ce qui est « nécessaire » au bon fonctionnement du système « démocratique » dans chacun des Etats, la Cour est disposée à admettre qu'elle plaide en faveur d'une marge d'appréciation légèrement plus large que celle normalement appliquée en matière de restrictions au débat politique dans le cadre de l'article 10 de la Convention.

68. La Cour prend note également de la divergence de vues au sein de la Cour suprême quant à l'importance qui doit être attachée à l'opinion du législateur, c'est-à-dire de la majorité politique à un moment donné, sur la portée de la liberté d'expression en matière politique (paragraphe 18 ci-dessus, comparer avec le paragraphe 75 de l'arrêt de la Cour suprême cité au paragraphe 21). Les requérants arguent que la majorité politique, qui change au fil du temps, ne devrait pas bénéficier d'une large marge d'appréciation pour décider des limites à imposer au discours politique. Il n'appartient pas à la Cour de prendre position sur une telle question, qui relève du droit constitutionnel national et doit être réglée par les Etats contractants dans leur propre ordre juridique interne. Comme indiqué précédemment, le contrôle qu'elle exerce ne consiste pas à se substituer aux autorités nationales, mais à vérifier sous l'angle de l'article 10 et à la

lumière de l'ensemble de l'affaire les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation.

69. C'est au vu de ces différents éléments que la Cour examinera les motifs avancés pour justifier l'ingérence litigieuse en l'espèce afin de déterminer s'ils étaient pertinents et suffisants et si la mesure en question était proportionnée au but légitime visé, compte tenu du juste équilibre à ménager entre la liberté d'expression des requérants et les raisons exposées par les autorités norvégiennes à l'appui de l'interdiction de la publicité politique.

70. A cet égard, la Cour note que la justification de l'interdiction légale de la diffusion de publicité politique à la télévision est, comme l'a dit la Cour suprême, que l'utilisation d'une telle forme et d'un tel moyen d'expression risquerait de nuire à la qualité générale du débat politique, en ce qu'il serait probable que des questions complexes soient déformées et que des groupes financièrement puissants aient de meilleures possibilités de promouvoir leurs opinions que ceux qui ne le sont pas. Selon les autorités internes, le pluralisme et la qualité du débat sont des considérations primordiales, et il appartient au législateur de traiter les questions relatives au processus démocratique, car il est mieux placé que n'importe quel autre organe de l'Etat pour déterminer la meilleure manière d'atteindre ces objectifs. Le Gouvernement souligne que l'interdiction est limitée à la publicité politique à la télévision et qu'elle est due à l'impact puissant et généralisé de ce média. De plus, elle contribuerait à limiter les dépenses de campagne, à réduire la dépendance des participants à l'égard des donateurs et à placer tous les candidats aux élections sur un pied d'égalité. Elle viserait à garantir l'intégrité du processus démocratique et l'existence d'un cadre de débat politique et public équitable, et à éviter que ceux qui en auraient les moyens puissent obtenir un avantage indu en utilisant le média le plus puissant et le plus répandu. Elle contribuerait en outre à garantir l'impartialité politique du contenu diffusé à la télévision. Ce sont là, indiscutablement, des motifs pertinents (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 73).

71. Toutefois, la Cour n'est pas convaincue que ces éléments suffisent à justifier l'ingérence litigieuse.

72. En premier lieu, rien n'indique que le parti des retraités relève de la catégorie des partis ou des groupes qui sont les cibles principales de l'interdiction litigieuse, à savoir ceux qui, du fait de leur plus grande puissance financière, risqueraient d'obtenir un avantage indu par rapport à ceux dont les ressources sont moins importantes car ils pourraient acheter plus de temps de publicité à la télévision (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 75).

73. Au contraire, le parti des retraités appartient à une catégorie que l'interdiction était censée protéger. Contrairement à la majorité de la Cour suprême (voir le paragraphe 62 de l'arrêt de la juridiction nationale cité au

paragraphe 20 ci-dessus), la Cour n'est pas persuadée que l'effet souhaité ait été obtenu : à la différence des grands partis politiques, qui ont fait l'objet d'une large couverture télévisée, le parti des retraités n'a pratiquement pas été mentionné à la télévision. Ainsi, le seul moyen qu'il a eu de faire passer son message au public par ce média a été d'y acheter du temps d'antenne. La loi l'ayant privé de cette possibilité, il s'est trouvé désavantagé par rapport aux grands partis, qui bénéficiaient d'une couverture médiatique. La possibilité d'utiliser d'autres médias moins puissants ne compensait pas ce handicap.

74. La Cour note encore qu'il n'a pas été affirmé que les messages publicitaires en cause contenaient des éléments susceptibles de nuire à la qualité du débat politique (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 76).

75. De plus, comme indiqué ci-dessus, il ne semble pas que cette publicité était susceptible de choquer les sensibilités ou de diviser la société, de sorte qu'il aurait été difficile d'assouplir l'interdiction. A cet égard, comme cela a déjà été dit, la présente espèce se distingue de l'affaire *Murphy*, où c'était le caractère sensible des questions abordées qui a amené la Cour à admettre que le filtrage par une autorité publique, au cas par cas, des annonces à caractère religieux inacceptables ou excessives serait difficile à appliquer équitablement, objectivement et de manière cohérente, et qu'une interdiction totale serait source de moins de désagréments (*Murphy*, précité, §§ 76-77). L'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken*, en revanche, ne présentait aucune sensibilité de ce type, et se rapproche plus de la présente affaire. La Cour y a sanctionné l'interdiction totale de la publicité politique.

76. Dans ces conditions, même s'il faut en tenir compte pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence (*Murphy*, précité, § 69), le fait que les médias audiovisuels aient des effets beaucoup plus immédiats et puissants que les autres médias (*Jersild*, précité, § 31) ne peut justifier l'interdiction litigieuse et l'amende infligée pour avoir diffusé les messages politiques en cause (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, précité, § 74).

77. La thèse développée par le gouvernement défendeur avec l'appui des gouvernements tiers intervenants, selon laquelle il n'y aurait pas d'alternative viable à une interdiction totale, doit donc être rejetée.

78. En bref, la Cour estime qu'il n'y a pas de rapport de proportionnalité raisonnable entre le but légitime visé par l'interdiction de la publicité politique et les moyens employés pour y parvenir. En conséquence, nonobstant la marge d'appréciation dont disposent les autorités nationales, la restriction que cette interdiction et l'amende infligée ont portée à l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens du paragraphe 2 de l'article 10, à la protection des droits d'autrui. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

(...)

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 11 décembre 2008, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen
Greffier

Christos Rozakis
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée du juge Jebens.

C.L.R.
S.N.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE JEBENS

(Traduction)

1. Je suis d'accord pour dire que l'imposition à TV Vest d'une amende pour avoir diffusé des messages publicitaires politiques pour le parti des retraités a emporté violation de l'article 10 de la Convention. Cependant, je parviens à cette conclusion en raison non pas de l'interdiction de la publicité politique à la télévision en tant que telle, mais du contexte particulier dans lequel elle a été appliquée en l'espèce, à savoir l'absence d'accès au média de la télédiffusion pour le parti des retraités.

2. Je pars du fait que le discours politique est au cœur même du droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention, ce que confirme la jurisprudence de la Cour en laissant peu de place aux Etats contractants, en vertu de l'article 10 § 2, pour imposer des restrictions au discours politique (voir, par exemple, l'affaire *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103, citée dans l'arrêt). Cela étant, il est parfois nécessaire, afin de garantir que les scrutins politiques reflètent l'opinion du peuple, d'imposer certaines restrictions quant aux moyens pouvant être utilisés pour la diffusion de messages politiques. Le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 doit donc être examiné à la lumière du droit à des élections libres garanti par l'article 3 du Protocole n° 1 (voir l'affaire *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, citée dans l'arrêt).

3. Compte tenu de ces éléments, je ne vois pas de raison pour que les restrictions à la publicité politique payante ne soient pas acceptables en vertu de l'article 10 si les partis politiques et les groupements d'intérêt bénéficient par ailleurs d'un accès raisonnable aux médias. Il est à noter que ni l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, CEDH 2001-VI ni l'affaire *Murphy c. Irlande*, n° 44179/98, CEDH 2003-IX (toutes deux citées dans l'arrêt) ne concernaient des publicités pour des partis politiques. Le fait que la Cour soit parvenue à des conclusions différentes dans ces deux affaires illustre la variété des situations dans ce domaine, variété qui appelle l'adoption de solutions individuelles. A mon avis, il serait donc peu utile de comparer la présente espèce avec l'une ou l'autre de ces deux affaires pour trouver la bonne solution. La jurisprudence de la Cour confirme l'opportunité d'apporter une réponse au cas par cas à la question de la publicité politique (voir, par exemple, le paragraphe 75 de l'arrêt *VgT Verein gegen Tierfabriken*, où la Cour dit que l'interdiction peut être compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention dans

certaines situations, à condition d'être fondée sur des motifs répondant aux critères posés au paragraphe 2 de cet article).

4. Pour en venir à la présente espèce, il convient de relever tout d'abord que l'interdiction posée à l'article 3-1 § 3 de la loi sur la radiotélédiffusion était limitée à la publicité politique à la télévision. Elle était motivée par le souci d'éviter qu'une telle publicité ne nuise à la qualité du débat politique en déformant des questions complexes, compte tenu de l'impact puissant et généralisé de ce média. Il apparaît donc qu'il s'agissait de garantir le pluralisme et la qualité du débat politique. Un autre objectif important était d'empêcher que des groupes financièrement puissants ne dominent la scène politique, étant en mesure de s'acheter du temps d'antenne que d'autres groupes, moins puissants, n'auraient pu payer. Dans le même ordre d'idées, le but était aussi de garantir l'indépendance politique des chaînes de télévision.

5. Les motifs exposés ci-dessus sont à mon avis tout à fait pertinents au regard de l'article 10 § 2. Compte tenu du fait que les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation lorsqu'ils mettent en balance le droit à la liberté d'expression et la nécessité d'assurer des élections libres, on ne saurait dire que l'interdiction de la publicité politique emporte en tant que telle violation de l'article 10 de la Convention.

6. Cependant, pour déterminer si la restriction en cause répond au critère de la nécessité dans une société démocratique au sens de l'article 10 § 2, il faut procéder à un examen plus large. On se rappellera à cet égard que selon l'étude du Secrétariat de la plate-forme européenne des instances de régulation (paragraphe 24 de l'arrêt), la Norvège, contrairement à la majorité des Etats européens, n'a pas réglementé la diffusion du discours politique des partis. C'était donc à l'équipe éditoriale des diffuseurs de décider de donner ou non aux partis politiques la possibilité de se présenter à l'électorat. Comme les requérants, je considère que l'absence de règles permettant de garantir l'accès des partis politiques à la télévision est un facteur très important pour déterminer la portée de la marge d'appréciation de l'Etat.

7. En ce qui concerne la situation du parti des retraités, il est important d'observer que, selon les éléments communiqués après l'audience publique, cette formation n'avait pratiquement pas été évoquée à la télévision avant les élections locales et régionales de 2003. Il est significatif de constater que, alors qu'il a été mentionné plusieurs fois sur les chaînes de télévision norvégiennes relativement à l'action en justice intentée par TV Vest quant à la légalité de l'amende infligée à celle-ci pour violation de l'interdiction de la publicité, le parti n'a nullement été évoqué au sujet de sa politique. De même, aucun de ses membres n'a été invité à participer à des débats politiques télévisés. Ainsi, l'interdiction de la publicité politique à la télévision a empêché le parti des

retraités d'utiliser la seule possibilité qu'il avait d'accéder à l'arène la plus importante de communication des idées, et l'a désavantagé par rapport aux grands partis politiques norvégiens.

8. En outre, il ressort de ce qui précède que la restriction imposée en matière de publicité a non seulement porté atteinte au droit à la liberté d'expression, mais encore fait obstacle à la nécessaire garantie du pluralisme dans la couverture médiatique des campagnes politiques. Je parle ici de « l'obligation de couvrir les campagnes électorales de manière équitable, équilibrée et impartiale à travers l'ensemble des services de programmes des radiodiffuseurs » (Annexe à la Recommandation n° R (99) 15 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias).

9. Pour ces raisons, je conclus que la restriction apportée en l'espèce au droit à la liberté d'expression n'était pas proportionnée aux objectifs visés. L'ingérence litigieuse n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique et, partant, il y a eu violation de l'article 10.

DEMİR ET BAYKARA c. TURQUIE
(*Requête n° 34503/97*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 12 NOVEMBRE 2008¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du renvoi de l'affaire en application de l'article 43 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Interdiction faite à des fonctionnaires municipaux de fonder un syndicat et annulation rétroactive d'une convention collective****Article 11**

Droit de fonder et de s'affilier à des syndicats – Interdiction faite à des fonctionnaires municipaux de fonder un syndicat et annulation rétroactive d'une convention collective – Membres de l'administration – Applicabilité – Contenu du droit syndical – Droit de négociation collective inhérent à l'article 11 – Ingérence – Obligations positives – Défense de l'ordre – Nécessaire dans une société démocratique – Droit reconnu par les instruments internationaux – Existence d'une pratique européenne – Engagement de l'Etat dans la reconnaissance du droit en question – Interprétation restrictive par la Cour de cassation – Immobilité du législateur

*

* *

Les requérants sont la présidente du syndicat Tüm Bel Sen et un de ses membres. Fondé en 1990 par des fonctionnaires de diverses communes, le syndicat avait pour objectif statutaire de promouvoir un syndicalisme démocratique au service des aspirations et des revendications des personnes qu'il regroupait. En 1993, le syndicat conclut avec une commune une convention collective qui concernait tous les aspects des conditions de travail dans les services de la municipalité, y compris les salaires, les allocations et les services d'action sociale. Estimant que la commune ne remplissait pas ses obligations, notamment financières, au regard de la convention collective, le syndicat saisit les juridictions civiles turques. Le tribunal de grande instance fit droit à la demande du syndicat. Il estima notamment que si la loi nationale ne comportait pas de dispositions expresses reconnaissant aux syndicats fondés par des fonctionnaires le droit de conclure des conventions collectives, cette lacune devait être comblée à la lumière des traités internationaux, tels que les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) déjà ratifiées par la Turquie, qui en vertu de la Constitution avaient force de loi au plan interne. Cependant, en décembre 1995, la Cour de cassation estima qu'en l'absence de loi spécifique, les libertés de se syndiquer et de mener des négociations collectives ne pouvaient être exercées. Elle indiqua qu'à l'époque à laquelle le syndicat des requérants avait été formé, la législation turque en vigueur n'autorisait pas les fonctionnaires à fonder

1. Rédigé par le greffe, il ne lie pas la Cour.

des syndicats. Elle conclut que Tùm Bel Sen n'avait pas acquis le statut de personne morale lors de sa création et n'était, de ce fait, pas habilité à agir en justice.

Après le contrôle exercé par la Cour des comptes sur la comptabilité de la municipalité, les membres du syndicat Tùm Bel Sen durent rembourser le surplus de revenus perçu en application de la convention collective annulée.

Article 11 : a) *Quant au droit pour les requérants, fonctionnaires municipaux, de fonder des syndicats* – Les restrictions pouvant être imposées aux membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat cités par l'article 11 appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'«exercice» des droits en question. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser. Il appartient en outre à l'Etat concerné de démontrer le caractère légitime des restrictions éventuellement apportées au droit syndical de ces personnes. Par ailleurs, les fonctionnaires municipaux, dont les activités ne relèvent pas de l'administration de l'Etat en tant que tel, ne peuvent en principe être assimilés à des «membres de l'administration de l'Etat» et voir limité sur cette base l'exercice de leur droit de s'organiser et de former des syndicats.

Ces considérations trouvent un appui dans la plupart des instruments internationaux pertinents ainsi que dans la pratique des Etats européens. Par conséquent, les «membres de l'administration de l'Etat» ne sauraient être soustraits du champ de l'article 11. Tout au plus les autorités nationales peuvent-elles leur imposer des «restrictions légitimes» conformes à l'article 11 § 2. En l'espèce, toutefois, le gouvernement turc n'a pas démontré en quoi la nature des fonctions exercées par les requérants appelle à les considérer comme «membres de l'administration de l'Etat» sujets à de telles restrictions. Ils peuvent donc légitimement invoquer l'article 11.

Compte tenu du mélange d'action et d'inaction des autorités qui la caractérise, la présente espèce peut s'analyser aussi bien sous l'angle d'une ingérence de l'Etat défendeur dans l'exercice par les requérants des droits garantis par l'article 11 que sous l'angle d'un manquement de sa part à l'obligation positive qu'il avait d'assurer aux intéressés la jouissance de ces droits. La Cour choisit d'examiner cette partie de la cause sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par les requérants de leurs droits, mais elle tiendra compte, ce faisant, des obligations positives de l'Etat.

En l'espèce, il n'a pas été démontré que l'interdiction absolue de fonder des syndicats qu'imposait le droit turc tel qu'il était appliqué à l'époque des faits aux fonctionnaires correspondait à un besoin social impérieux. A cette époque, des instruments de droit international universels et régionaux reconnaissaient déjà le droit pour les fonctionnaires de fonder des syndicats et de s'y affilier. Leur droit de se syndiquer était également généralement reconnu dans la totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe. Le texte fondamental garantissant, au plan international, le droit pour les agents de la fonction publique de former des syndicats, la Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, avait déjà force de loi en Turquie en vertu de la Constitution, et l'Etat par sa pratique ultérieure (modification de la Constitution et décisions judiciaires) confirma sa volonté de

reconnaître aux fonctionnaires le droit de s'organiser. La Turquie signa par ailleurs en 2000 les deux textes des Nations unies reconnaissant ce droit. Or en dépit de ces développements sur le plan du droit international, les autorités turques n'ont pu, à l'époque des faits, reconnaître aux requérants le droit de fonder un syndicat, et ce principalement pour deux raisons : après la ratification en 1993 de la Convention n° 87 de l'OIT par la Turquie, le législateur turc n'adopta qu'en 2001 la loi qui régit l'application pratique de ce droit, et durant cette période transitoire, la Cour de cassation refusant de suivre la solution proposée par le tribunal de grande instance, qui s'inspirait des développements du droit international, procéda à une interprétation restrictive et formaliste du droit national concernant la fondation des personnes morales.

Ainsi, l'effet combiné de l'interprétation restrictive de la Cour de cassation et de l'immobilité du législateur entre 1993 et 2001 a empêché le gouvernement turc de remplir son obligation d'assurer aux requérants la jouissance de leurs droits syndicaux et n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

Conclusion: violation (unanimité).

b) *Quant à l'annulation de la convention collective conclue et appliquée depuis deux ans* – L'évolution de la jurisprudence de la Cour quant au contenu du droit syndical consacré par l'article 11 de la Convention est marquée par deux principes directeurs. D'une part, la Cour prend en considération la totalité des mesures prises par l'Etat concerné afin d'assurer la liberté syndicale dans la mise en œuvre de sa marge d'appréciation. D'autre part, la Cour n'accepte pas les restrictions qui affectent les éléments essentiels de la liberté syndicale sans lesquels le contenu de cette liberté serait vidé de sa substance. Ces deux principes ne se contredisent pas, ils sont corrélés. Cette corrélation implique que l'Etat contractant en cause, tout en étant libre en principe de décider quelles mesures il entend prendre afin d'assurer le respect de l'article 11, est dans l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour.

De l'état actuel de cette jurisprudence se dégagent les éléments essentiels suivants du droit syndical : le droit de former un syndicat et de s'y affilier, l'interdiction des accords de monopole syndical, le droit pour un syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire au nom de ses membres. Cette liste n'est pas figée mais a, au contraire, vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail. Ainsi, les limitations apportées aux droits doivent être interprétées restrictivement, d'une manière qui assure une protection concrète et effective des droits de l'homme.

S'agissant du droit de négociation collective, la Cour, revoyant sa jurisprudence, estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11, étant entendu

que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des « restrictions légitimes » pouvant devoir être imposées aux « membres de l'administration de l'Etat », dont cependant les requérants ne font pas partie.

Déjà à l'époque des faits, le syndicat Tüm Bel Sen disposait du droit de mener des négociations collectives avec l'administration employeur. Ce droit constituait l'un des éléments inhérents au droit de mener des activités syndicales garanti audit syndicat par l'article 11 de la Convention. Les négociations collectives et la convention collective conclue en conséquence, qui a régi pendant deux ans toutes les relations de travail au sein de la municipalité à l'exception de certaines dispositions financières, constituaient pour le syndicat des moyens essentiels de promouvoir et assurer les intérêts de ses membres. L'absence de la législation nécessaire pour donner vie aux dispositions des conventions internationales de travail déjà ratifiées par la Turquie et l'arrêt de la Cour de cassation de décembre 1995 fondé sur cette absence, qui emporta, de fait, l'annulation rétroactive de la convention collective en question, s'analysent en une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur liberté syndicale. Par ailleurs, à l'époque des faits, plusieurs éléments montraient que le refus aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de mener des négociations collectives et ainsi de convaincre l'administration de conclure une convention collective, ne correspondait pas à un « besoin social impérieux ». En effet, le droit pour les fonctionnaires de pouvoir en principe mener des négociations collectives était reconnu par des textes et instruments de droit international tant universels que régionaux ainsi que dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe; et la Turquie avait ratifié la Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, le texte principal garantissant, au plan international, le droit pour les travailleurs de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives, applicable au syndicat des requérants.

La Cour conclut que l'annulation rétroactive de la convention collective n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41: la Cour alloue à la première requérante une somme pour préjudice moral à reverser au syndicat et au deuxième requérant une somme pour tous préjudices confondus.

Jurisprudence citée par la Cour

Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n° 18

Syndicat national de la police belge c. Belgique, 27 octobre 1975, série A n° 19

Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 6 février 1976, série A n° 20

Schmidt et Dahlström c. Suède, 6 février 1976, série A n° 21

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n° 31

- Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, série A n° 102
Johnston et autres c. Irlande, 18 décembre 1986, série A n° 112
Council of Civil Service Unions et autres c. Royaume-Uni, n° 11603/85, décision de la Commission du 20 janvier 1987, Décisions et rapports 50
Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n° 161
Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande, 30 juin 1993, série A n° 264
Gustafsson c. Suède, 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II
Sidiropoulos et autres c. Grèce, 10 juillet 1998, *Recueil* 1998-IV
Aerts c. Belgique, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V
Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V
Witold Litwa c. Pologne, n° 26629/95, CEDH 2000-III
McElhinney c. Irlande [GC], n° 31253/96, CEDH 2001-XI
Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI
Fogarty c. Royaume-Uni [GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI
Yazar et autres c. Turquie, n°s 22723/93, 22724/93 et 22725/93, CEDH 2002-II
Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni, n°s 30668/96, 30671/96 et 30678/96, CEDH 2002-V
Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI
Kalachnikov c. Russie, n° 47095/99, CEDH 2002-VI
Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie [GC], n°s 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, CEDH 2003-II
Nazarenko c. Ukraine, n° 39483/98, 29 avril 2003
Hatton et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 36022/97, CEDH 2003-VIII
Taşkın c. Turquie, n° 49517/99, 4 décembre 2003
Glass c. Royaume-Uni, n° 61827/00, CEDH 2004-II
Pini et autres c. Roumanie, n°s 78028/01 et 78030/01, CEDH 2004-V
Vo c. France [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII
Slimani c. France, n° 57671/00, CEDH 2004-IX
Öneryıldız c. Turquie [GC], n° 48939/99, CEDH 2004-XII
Mamatkoulou et Askarov c. Turquie [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI
Siliadin c. France, n° 73316/01, CEDH 2005-VII
Stec et autres c. Royaume-Uni (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X
Bekos et Koutropoulos c. Grèce, n° 15250/02, CEDH 2005-XIII
Sørensen et Rasmussen c. Danemark [GC], n°s 52562/99 et 52620/99, CEDH 2006-I
Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie, n° 28602/95, CEDH 2006-II
Kadişik c. Lettonie (n° 2), n° 62393/00, 4 mai 2006
Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie, n°s 55066/00 et 55638/00, 11 janvier 2007
Çiloğlu et autres c. Turquie, n° 73333/01, 6 mars 2007
Ivanova c. Bulgarie, n° 52435/99, 12 avril 2007

Vilho Eskelinen et autres c. Finlande [GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II
Parti nationaliste basque – Organisation régionale d’Iparralde c. France, n° 71251/01,
CEDH 2007-II
Cobzaru c. Roumanie, n° 48254/99, 26 juillet 2007
D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, CEDH 2007-IV
Emonet et autres c. Suisse, n° 39051/03, 13 décembre 2007
Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008

En l'affaire Demir et Baykara c. Turquie,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Rıza Türmen,

Kristaq Traja,

Boštjan M. Zupančič,

Vladimiro Zagrebelsky,

Stanislav Pavlovski,

Lech Garlicki,

Alvina Gyulumyan,

Ljiljana Mijović,

Dean Spielmann,

Ján Šikuta,

Mark Villiger,

Päivi Hirvelä, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 16 janvier 2008 et 15 octobre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34503/97) dirigée contre la République de Turquie et dont deux ressortissants de cet Etat (« les requérants »), M. Kemal Demir et M^{me} Vicdan Baykara, celle-ci en sa qualité de présidente du syndicat Tüm Bel Sen, avaient saisi la Commission européenne des droits de l'homme (« la Commission ») le 8 octobre 1996 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés par M^e S. Karaduman, avocate à Ankara. Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») est représenté par son coagent, M^{me} D. Akçay.

3. Les requérants alléguaient qu'au mépris de l'article 11 de la Convention, pris isolément ou combiné avec son article 14, les instances nationales leur avaient dénié, d'une part, le droit de fonder des syndicats, et, d'autre part, le droit de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives.

4. La requête a été transmise à la Cour le 1^{er} novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n° 11).

5. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

6. Par une décision du 23 septembre 2004, la chambre a déclaré la requête partiellement recevable et partiellement irrecevable.

7. Le 1^{er} novembre 2004, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a été attribuée à la deuxième section telle que remaniée (article 52 § 1).

8. Le 21 novembre 2006, la chambre, composée de Jean-Paul Costa, président, Ireneu Cabral Barreto, Rıza Türmen, Mindia Ugrehelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, Dragoljub Popović, juges, et de Sally Dollé, greffière de section, a rendu son arrêt. Elle y a dit, à l'unanimité, qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la Convention dans la mesure où les juridictions nationales avaient refusé de reconnaître la personnalité juridique du syndicat Tùm Bel Sen et considéré comme nulle la convention collective conclue par celui-ci avec la municipalité de Gaziantep et qu'il n'était pas nécessaire d'examiner séparément les griefs tirés de l'article 14 de la Convention. L'opinion concordante des juges Türmen, Fura-Sandström et Popović se trouvait jointe à l'arrêt.

9. Le 21 février 2007, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement.

10. Le 23 mai 2007, un collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant celle-ci.

11. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

12. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé un mémoire.

13. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 16 janvier 2008 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} D. Akçay, *coagent,*
 E. Demir,
 Z. G. Acar,
 İ. Altıntaş,
 E. Esin,
 Ö. Gazialem,
 MM. K. Afşin,
 L. Savran, *conseillers;*

– *pour les requérants*

M^{me} V. Baykara, requérante et
 présidente du syndicat Tüm Bel Sen
 M^e S. Karaduman, avocate au barreau d'Ankara.

La Cour a entendu en leurs déclarations M^e S. Karaduman, M^{me} V. Baykara, et M^{me} D. Akçay.

EN FAIT

14. Les requérants, M. Kemal Demir et M^{me} Vicdan Baykara, sont respectivement nés en 1951 et en 1958 et domiciliés à Gaziantep et à Istanbul. Le premier était membre du syndicat Tüm Bel Sen, la seconde en était la présidente.

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

15. Le syndicat Tüm Bel Sen fut fondé en 1990 par des fonctionnaires de diverses communes, soumis à la loi n° 657 sur les fonctionnaires de l'Etat. Selon l'article 2 de ses statuts, il se fixe pour objectif de promouvoir un syndicalisme démocratique au service des aspirations et revendications des personnes qu'il regroupe. Son siège se trouve à Istanbul.

16. Le 27 février 1993, Tüm Bel Sen conclut avec la commune de Gaziantep, pour une durée de deux ans, une convention collective prenant effet au 1^{er} janvier 1993. Cette convention concernait tous les aspects des conditions de travail dans les services de la municipalité de Gaziantep, notamment les salaires, les allocations et les services d'action sociale.

17. La commune de Gaziantep n'ayant pas rempli certaines de ses obligations, notamment financières, découlant de la convention collective, la deuxième requérante, en tant que présidente du syndicat, forma le

18 juin 1993 une action civile devant le tribunal de grande instance de Gaziantep (« le tribunal de grande instance »).

18. Par un jugement du 22 juin 1994, le tribunal de grande instance donna gain de cause à Tüm Bel Sen. La municipalité de Gaziantep se pourvut en cassation.

19. Par un arrêt du 13 décembre 1994, la Cour de cassation (quatrième chambre civile) infirma le jugement de première instance. Elle considéra que, nonobstant le fait qu'il n'y avait pas d'obstacles juridiques à la fondation de syndicats par des fonctionnaires, ceux-ci n'étaient pas autorisés à conclure des conventions collectives en l'état actuel de la législation.

20. Pour arriver à cette conclusion, la Cour de cassation tint compte de la relation privilégiée entre les fonctionnaires et l'administration en matière de recrutement, de la nature et de la portée du travail effectué, et des privilèges et garanties offerts aux intéressés par leur statut. Elle estima que cette relation était différente de celle existant entre les employeurs et les salariés de droit commun (c'est-à-dire les salariés du secteur privé plus les travailleurs manuels employés par l'administration). De ce fait, la loi n° 2322 régissant la convention collective, le droit de grève et le lock-out ne pouvait s'appliquer aux relations entre les fonctionnaires et l'administration. Un contrat de type « convention collective » entre les syndicats de fonctionnaires et l'administration devait prendre sa source dans une loi spéciale.

21. Par un jugement du 28 mars 1995, le tribunal de grande instance maintint son jugement initial au motif que si la loi nationale ne comportait pas de dispositions expresses reconnaissant aux syndicats fondés par des fonctionnaires le droit de conclure des conventions collectives, cette lacune devait être comblée à la lumière des traités internationaux, tels que les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) déjà ratifiées par la Turquie, et qui en vertu de la Constitution avaient force de loi au plan interne.

22. En particulier, le tribunal de grande instance indiqua, en premier lieu, que le syndicat Tüm Bel Sen était un établissement légal, qui avait déposé ses statuts à la préfecture depuis longtemps et qui, depuis, avait mené ses activités sans la moindre intervention des autorités compétentes. Il ajouta qu'il n'y avait sur ce point aucune divergence entre son jugement et l'arrêt de la quatrième chambre civile de la Cour de cassation.

23. En ce qui concerne le droit pour les fonctionnaires de conclure des conventions collectives, le tribunal de grande instance considéra que, même si une lacune existait en droit turc sur ce point, le juge appelé à trancher un litige était dans l'obligation, selon l'article 1 du code civil, de combler lui-même cette lacune et de statuer sur l'affaire. Selon ce tribunal, la même

obligation découlait aussi de l'article 36 de la Constitution, qui reconnaissait à chacun le droit d'accès à un tribunal. Dans ce contexte, les dispositions pertinentes des conventions de l'OIT ratifiées par la Turquie devaient être appliquées en l'espèce, même si les lois nationales spécifiques n'avaient pas encore été promulguées par le législateur. En appliquant directement les dispositions pertinentes de ces textes internationaux ratifiés par la Turquie, le tribunal de grande instance considéra que le syndicat des demandeurs avait le droit de conclure des conventions collectives.

24. Quant à la question de savoir si la validité de la convention collective en cause pouvait être affectée par l'absence d'une réglementation légale au moment de sa conclusion, le tribunal de grande instance considéra que, dès lors qu'elle portait sur les relations entre un employeur et des salariés, cette convention avait la qualité d'un contrat de droit privé. Dans le cadre des limites imposées par les articles 19 et 20 du code des obligations, à savoir le respect des dispositions légales, du droit coutumier, de la morale et de l'ordre public, les parties pouvaient librement déterminer le contenu de cette convention collective. L'examen du texte de la convention collective en cause ne révélait aucune contradiction avec ces exigences. En conséquence, le tribunal de grande instance estima que la convention collective conclue entre le syndicat *Tüm Bel Sen* et la municipalité de Gaziantep était un texte juridique valide, qui engageait les parties.

25. Le tribunal de grande instance accorda à M. Kemal Demir une somme équivalente aux augmentations de salaire et d'allocations prévues par la convention collective en question.

26. Par un arrêt du 6 décembre 1995, la Cour de cassation (chambres civiles réunies) infirma le jugement de première instance daté du 28 mars 1995. Elle considéra que certains droits et libertés cités dans la Constitution étaient directement applicables aux justiciables, alors que d'autres ne l'étaient pas. En fait, la Constitution, par la mention «l'exercice de ce droit est réglementé par la loi», signalait clairement les droits et libertés dont l'usage et la mise en pratique nécessitaient l'adoption de lois spécifiques. En l'absence de telles lois, ces droits et libertés, au nombre desquels figuraient les libertés de se syndiquer et de mener des négociations collectives, ne pouvaient être exercés.

27. La Cour de cassation considéra en outre que le principe de la libre volonté des individus n'était pas absolu en matière de constitution de personnes morales. Ces dernières ne pouvaient devenir des sujets de droit, distincts des personnes les composant, qu'en respectant les conditions de forme et les modalités prévues à cet égard par la loi. La création d'une

personne morale n'était qu'une conséquence juridique attribuée par la loi à la volonté exprimée par les personnes fondatrices.

28. La Cour de cassation souligna que les libertés de fonder des associations, des syndicats et des partis politiques, même si elles étaient annoncées dans la Constitution, ne pouvaient être exercées sur simple déclaration de volonté des individus. En l'absence d'une loi la concernant, on ne pouvait admettre l'existence d'une personne morale de ce genre. Selon la haute juridiction, cette conclusion n'était pas en contradiction avec les principes d'« état de droit » et de « démocratie » énoncés dans la Constitution, dès lors que le contrôle des personnes morales par l'Etat, dans le but d'assurer l'utilité publique, était nécessaire dans tout système juridique démocratique.

29. La Cour de cassation rappela aussi qu'à l'époque à laquelle le syndicat des requérants avait été fondé, les dispositions de la législation en vigueur n'autorisaient pas les fonctionnaires à fonder des syndicats. Elle précisa que les modifications apportées par la suite à la Constitution et reconnaissant le droit pour les fonctionnaires de fonder des syndicats et de mener des négociations collectives n'étaient pas de nature à invalider sa conclusion selon laquelle Tùm Bel Sen n'avait pas acquis le statut de personne morale et n'était, de ce fait, pas habilité à ester en justice.

30. Le recours en rectification formé par les représentants du syndicat fut rejeté par la Cour de cassation le 10 avril 1996.

31. Après le contrôle exercé par la Cour des comptes sur la comptabilité de la municipalité de Gaziantep, les membres de Tùm Bel Sen durent rembourser le surplus de revenus perçu en application de la convention collective annulée. En effet, la Cour des comptes, dans ses décisions rendues en dernière instance quant aux conventions collectives conclues par le syndicat, rappela que le statut des fonctionnaires, y compris le salaire et les allocations auxquels ils avaient droit, était fixé par la loi. Elle considéra aussi que, depuis la modification le 23 juillet 1995 de l'article 53 de la Constitution et l'adoption le 25 juin 2001 de la loi n° 4688 sur les syndicats de fonctionnaires, ces syndicats avaient certes le droit d'engager des négociations collectives sous certaines conditions de représentativité, mais non de conclure directement avec les administrations concernées des conventions collectives valides, contrairement à ce que pouvaient faire les syndicats de salariés de droit commun avec leurs employeurs. Si un accord était conclu entre l'administration employeur et le syndicat concerné, cet accord ne pouvait être opposable qu'à la suite de son homologation par le Conseil des ministres. La Cour des comptes, après avoir constaté que la convention collective conclue par le syndicat des requérants ne remplissait pas ces conditions, décida que les comptables ayant autorisé le paiement

de montants supérieurs à ceux prévus par la loi devaient rembourser les sommes excédentaires au budget de l'Etat.

32. La Cour des comptes refusa d'appliquer l'article 4 de la loi n° 4688, qui ordonnait l'abandon des poursuites administratives, financières et judiciaires engagées contre les comptables responsables de pareils paiements. Elle considéra que cette disposition ne rendait pas les conventions collectives valides et n'exonérait pas les comptables en question de l'obligation de rembourser à l'Etat les pertes subies par lui à raison des paiements effectués en conformité avec ces conventions.

33. Les comptables mis en cause se retournèrent à leur tour contre les fonctionnaires syndiqués bénéficiaires des montants supplémentaires accordés par les conventions collectives annulées.

II. LES DROITS INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENTS

A. Le droit interne

34. Les dispositions pertinentes de la Constitution se lisent comme suit :

Article 51

(A l'époque des faits)

« Les salariés de droit commun (*işçi*) et les employeurs ont le droit de fonder des syndicats et des unions syndicales sans autorisation préalable dans le but de sauvegarder et d'élargir leurs droits et intérêts économiques et sociaux dans le cadre de leurs relations de travail.

Pour pouvoir fonder un syndicat ou une union syndicale, il suffit de remettre à l'autorité compétente désignée par la loi les informations et documents requis en vertu de la loi. Si elle constate l'illégalité de ces informations et documents, l'autorité compétente s'adresse au tribunal en vue d'obtenir la suspension des activités ou la dissolution du syndicat ou de l'union syndicale.

L'adhésion aux syndicats et la démission des syndicats sont libres.

Nul ne peut être contraint de devenir membre, de demeurer membre ou de démissionner d'un syndicat.

Les salariés de droit commun et les employeurs ne peuvent être membres de plus d'un syndicat à la fois.

La possibilité de travailler en un lieu quelconque ne peut pas être subordonnée à la qualité de membre d'un syndicat de salariés de droit commun ou à l'absence de cette qualité.

Pour pouvoir exercer des fonctions dirigeantes dans les syndicats ou dans les unions syndicales de salariés de droit commun, il faut avoir travaillé effectivement comme salarié de droit commun pendant dix ans au moins.

Les statuts, l'administration et le fonctionnement des syndicats et des unions syndicales ne peuvent être contraires aux caractéristiques de la République et aux principes démocratiques définis par la Constitution.»

Article 51

(Tel que modifié par la loi n° 4709 du 3 octobre 2001)

«Les travailleurs salariés et les employeurs ont le droit de fonder des syndicats et des unions syndicales sans autorisation préalable dans le but de sauvegarder et de développer les droits et intérêts économiques et sociaux de leurs membres dans le cadre de leurs relations de travail, ainsi que d'y adhérer et de s'en retirer librement. Nul ne peut être contraint de devenir membre ou de démissionner d'un syndicat.

Le droit de fonder un syndicat ne peut être limité qu'en vertu de la loi et pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, ou dans le but d'empêcher la commission d'un délit, de préserver la santé publique ou les bonnes mœurs, ou de protéger les droits et libertés d'autrui.

Les formes, conditions et procédures applicables à l'exercice du droit de fonder un syndicat sont fixées par la loi.

Il n'est pas permis d'être membre de plusieurs syndicats à la fois au sein d'un même secteur d'activité.

L'étendue des droits des agents publics n'ayant pas la qualité de salarié de droit commun dans ce domaine, ainsi que les exceptions et limitations qui leur sont applicables, sont fixées par la loi d'une manière appropriée à la nature des services dont ils sont chargés.

Les statuts, l'administration et le fonctionnement des syndicats et des unions syndicales ne peuvent être contraires aux caractéristiques fondamentales de la République ni aux principes démocratiques.»

Article 53

(A l'époque des faits)

«Les salariés de droit commun peuvent conclure avec leurs employeurs (...) des conventions collectives de travail en vue de régler leur situation économique et sociale et leurs conditions de travail.

La loi détermine le mode de conclusion des conventions collectives de travail.

On ne peut conclure ni appliquer plus d'une convention collective de travail dans un même lieu de travail au cours d'une même période.»

Article 53

(Tel que modifié par la loi n° 4121 du 23 juillet 1995)

«Les salariés de droit commun ont le droit de conclure avec leurs employeurs (...) des conventions collectives de travail en vue de régler leur situation économique et sociale et leurs conditions de travail.

La loi détermine le mode de conclusion des conventions collectives de travail.

Les syndicats et les unions syndicales que les agents publics visés à l'alinéa premier de l'article 128 seront autorisés à fonder entre eux, et qui ne sont pas soumis aux dispositions des alinéas premier et deux du présent article, ni à celles de l'article 54, peuvent ester en justice et engager des négociations collectives avec l'administration conformément à leurs objectifs au nom de leurs membres. Si les négociations collectives débouchent sur un accord, le texte de celui-ci est signé par les parties. Le texte de l'accord est soumis à l'appréciation du Conseil des ministres pour pouvoir être mis en œuvre sur les plans légal et administratif. Si les négociations collectives ne débouchent pas sur la signature d'un accord, les parties signent un procès-verbal précisant les points d'accord et de désaccord, qui est soumis à l'appréciation du Conseil des ministres. La loi détermine les procédures relatives à l'exécution du présent alinéa.

On ne peut conclure ni appliquer plus d'une convention collective de travail dans un même lieu de travail au cours d'une même période.»

Article 90

« (...) Les conventions internationales dûment mises en vigueur ont force de loi. Elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle.

En cas de divergence sur la portée des droits et libertés fondamentaux entre un accord international dûment mis en vigueur et une loi, les clauses de l'accord international prévalent.» (Dernière phrase ajoutée par la loi n° 5170 du 7 mai 2004)

Article 128

«Les fonctions essentielles, permanentes et durables requises par les services publics que l'Etat, les entreprises économiques publiques et les autres personnes morales publiques sont tenus de fournir, conformément aux principes généraux de l'administration, sont exercées par les fonctionnaires et autres agents publics.

La loi régleme les qualifications, la nomination, les fonctions et attributions, les droits et obligations et les traitements et indemnités des fonctionnaires et autres agents publics, ainsi que les autres questions se rapportant à leur statut.

La loi détermine spécialement les règles et modalités de formation des fonctionnaires supérieurs.»

35. La loi n° 657 sur les fonctionnaires de l'Etat du 14 juillet 1965 disposait, dans son article 22, que les fonctionnaires étaient autorisés à fonder des syndicats et des organisations professionnelles et à y adhérer selon les modalités de lois spéciales. Selon le deuxième alinéa de cet article, ces organisations professionnelles étaient autorisées à défendre les intérêts de leurs membres devant les autorités compétentes.

L'article 22 fut abrogé par l'article 5 du décret-loi n° 2 du 23 décembre 1972. En vertu de l'article 1 de la loi n° 4275 du 12 juin 1997, il est de nouveau entré en vigueur. Il est ainsi libellé :

«Conformément aux dispositions de la Constitution et de la loi spéciale, les fonctionnaires peuvent fonder des syndicats et des unions syndicales et y adhérer.»

36. La loi n° 4688 sur les syndicats de fonctionnaires (adoptée le 25 juin 2001 et entrée en vigueur le 12 juillet 2001) s'applique, selon son article 2, aux agents publics autres que ceux ayant le statut de salariés de droit commun (*işçi*), qui sont employés dans les organismes de l'Etat et d'autres personnes morales publiques investies d'une mission de service public, dans les organismes dotés d'un budget général, supplémentaire ou spécial, les administrations et les municipalités des provinces et les services qui leur sont rattachés, les entreprises publiques, les banques et d'autres entreprises de droit privé et les établissements qui leur sont rattachés, et dans tous autres organismes et établissements publics.

L'article 30 de la loi dispose :

« Le syndicat comptant le plus grand nombre d'adhérents dans chaque branche du service public et les confédérations auxquelles ces syndicats sont affiliés sont habilités à mener des négociations collectives. Le représentant du syndicat le plus représentatif préside la délégation des négociations. »

La détermination des syndicats et des confédérations de fonctionnaires compétents pour mener des négociations collectives est effectuée par le ministre du Travail et de la Sécurité sociale sur le fondement des listes cosignées et présentées par les administrations et les syndicats (article 30 de la loi n° 4688).

Lors des négociations collectives, l'employeur est représenté par le Comité des employeurs publics ; les fonctionnaires et autres agents publics sont représentés par le syndicat reconnu compétent et la confédération qui lui est rattachée.

Le Comité des employeurs publics et les syndicats et confédérations concernés se réunissent d'office le 15 août de chaque année. Les parties présentent alors leurs propositions, qui formeront la base des négociations et l'ordre du jour de celles-ci. Les principes qui régissent les négociations sont déterminés par les parties (article 32 de la loi n° 4688).

Les négociations collectives doivent aboutir au plus tard dans un délai de quinze jours. En cas d'accord dans ledit délai, les parties concernées signent une convention collective, qui est envoyée au Conseil des ministres pour adoption des mesures juridiques et administratives nécessaires à sa mise en œuvre. Le Conseil des ministres prend les dispositions appropriées dans un délai de trois mois et présente son projet de loi à la Grande Assemblée nationale de Turquie (article 34 de la loi n° 4688).

Si les parties concernées ne parviennent pas à un accord dans le délai fixé, chacune d'entre elles peut saisir le Conseil d'arbitrage, qui est composé d'universitaires non membres de partis politiques. Si les parties approuvent la décision du Conseil d'arbitrage, un accord est signé et envoyé au Conseil des ministres. En l'absence d'accord, les parties signent un protocole dans

lequel sont précisés les points d'accord et de désaccord. Ce protocole est lui aussi envoyé au Conseil des ministres (article 35 de la loi n° 4688).

B. Le droit international

1. Au plan universel

a) Le droit syndical et les fonctionnaires

37. L'article 2 de la Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (adoptée en 1948 et ratifiée par la Turquie le 12 juillet 1993) se lit ainsi :

« Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières. »

38. Dans son observation individuelle adoptée en 2005 à l'intention du gouvernement turc au titre de la convention n° 87, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations indiqua ce qui suit :

« La commission souligne que l'article 2 de la convention prévoit le droit des travailleurs, sans distinction d'aucune sorte, de constituer des organisations de leur choix et de s'y affilier, et qu'en vertu de la convention la seule exception admissible concerne les forces armées et la police. (...) »¹

39. Le Comité de la liberté syndicale de l'OIT déclara ce qui suit relativement aux fonctionnaires municipaux (*Recueil de décisions et de principes* 1996, § 217) :

« Les travailleurs des administrations locales devraient pouvoir constituer effectivement les organisations qu'ils estiment appropriées et ces organisations devraient posséder pleinement le droit de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs qu'elles représentent². »

40. L'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce :

« 1. Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques ou les droits et les libertés d'autrui. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police.

1. [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09662/09662\(2005\)1A.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09662/09662(2005)1A.pdf)

2. http://training.itcilo.it/ils/foa/library/digestdecisions_fr/23076.htm

(...)»

41. L'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dispose que :

« 1. Les Etats parties au présent pacte s'engagent à assurer :

a) Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

(...)

c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

(...)

2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique.

(...)»

b) Le droit de négociation collective et les fonctionnaires

42. Les articles pertinents de la Convention n° 98 de l'OIT concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (adoptée en 1949 et ratifiée par la Turquie 3 janvier 1952) se lisent ainsi :

Article 4

« Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi. »

Article 5

« 1. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées ou à la police sera déterminée par la législation nationale.

2. Conformément aux principes établis par le paragraphe 8 de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail, la ratification de cette convention par un membre ne devra pas être considérée comme affectant toute loi,

toute sentence, toute coutume ou tout accord déjà existants qui accordent aux membres des forces armées et de la police des garanties prévues par la présente convention.»

Article 6

«La présente convention ne traite pas de la situation des fonctionnaires publics et ne pourra, en aucune manière, être interprétée comme portant préjudice à leurs droits ou à leur statut.»

43. La commission d'experts de l'OIT a interprété cette disposition comme n'excluant du champ d'application de la convention que les fonctionnaires dont les activités sont propres à l'administration de l'Etat. En dehors de ces derniers, toutes les personnes employées par le gouvernement, les entreprises publiques ou les institutions publiques autonomes devraient bénéficier, selon cette commission, des garanties de la convention n° 98 au même titre que les autres salariés, et en conséquence pouvoir négocier collectivement leurs conditions d'emploi, y compris salariales (*Etude d'ensemble 1994 – Liberté syndicale et négociation collective, Conventions n° 87 et n° 98* [OIT, 1994a], § 200).

44. Les dispositions pertinentes de la Convention n° 151 de l'OIT concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique (adoptée en 1978 et ratifiée par la Turquie le 12 juillet 1993) se lisent ainsi :

Article 1

«1. La présente convention s'applique à toutes les personnes employées par les autorités publiques, dans la mesure où des dispositions plus favorables d'autres conventions internationales du travail ne leur sont pas applicables.

2. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux agents de niveau élevé dont les fonctions sont normalement considérées comme ayant trait à la formulation des politiques à suivre ou à des tâches de direction ou aux agents dont les responsabilités ont un caractère hautement confidentiel sera déterminée par la législation nationale.

3. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale.»

Article 7

«Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures permettant la négociation des conditions d'emploi entre les autorités publiques intéressées et les organisations d'agents publics, ou de toute autre méthode permettant aux représentants des agents publics de participer à la détermination desdites conditions.»

La Conférence générale de l'OIT, dans le préambule de la Convention n° 151, nota «les dispositions de la convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, de la convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949» et tint compte :

«des problèmes particuliers que posent la délimitation du champ d'application d'un instrument international et l'adoption de définitions aux fins de cet instrument, en raison des différences existant dans de nombreux pays entre l'emploi dans le secteur public et le secteur privé, ainsi que des difficultés d'interprétation qui ont surgi à propos de l'application aux fonctionnaires publics de dispositions pertinentes de la convention sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, et des observations par lesquelles les organes de contrôle de l'OIT ont fait remarquer à diverses reprises que certains gouvernements ont appliqué ces dispositions d'une façon qui exclut de larges groupes d'agents publics du champ d'application de cette convention».

2. *Au plan européen*

a) **Le droit syndical et les fonctionnaires**

45. L'article 5 de La Charte sociale européenne (révisée), que la Turquie n'a pas encore ratifié, dispose ainsi quant au droit syndical :

Article 5 – Droit syndical

«En vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties contractantes s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale.»

46. Le principe 8 de la Recommandation n° R (2000) 6 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le statut des agents publics en Europe énonce :

«En principe, les agents publics doivent jouir des mêmes droits que tous les citoyens. Toutefois, la loi ou des accords collectifs peuvent réglementer l'exercice de ces droits afin de le rendre compatible avec leurs obligations publiques. Leurs droits, en particulier leurs droits politiques et droits syndicaux, ne doivent être légalement restreints que dans la mesure où des limitations sont nécessaires pour le bon exercice des fonctions publiques.»

47. L'article 12 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se lit comme suit :

« Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts. »

48. Quant à la pratique européenne, on peut observer que le droit pour les travailleurs de la fonction publique de se syndiquer est désormais reconnu par tous les Etats contractants. Ce droit s'applique aux fonctionnaires de carrière, aux fonctionnaires sous contrat et aux travailleurs des entreprises industrielles ou commerciales nationales ou municipales qui sont propriété publique. Les fonctionnaires, tant ceux qui appartiennent à l'administration centrale que ceux qui relèvent d'une administration locale, peuvent généralement adhérer au syndicat de leur choix. La densité syndicale est généralement plus élevée dans le secteur public que dans le secteur privé. Dans la majorité des Etats membres, les quelques restrictions existantes restent limitées aux membres des organes judiciaires, de la police et du corps des pompiers, les restrictions les plus importantes, qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction de se syndiquer, étant réservées aux membres des forces armées.

b) Le droit de négociation collective et les fonctionnaires

49. L'article 6 de la Charte sociale européenne (révisée), que la Turquie n'a pas encore ratifié, dispose ainsi quant au droit de négociation collective :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties contractantes s'engagent :

1. à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ;
2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ;
3. à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail ;

et reconnaissent :

4. le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur. »

50. Selon le sens donné par le Comité des experts indépendants (dénommé actuellement le Comité européen des droits sociaux) à l'article 6 § 2 de la charte, qui s'applique en fait pleinement aux agents de la fonction publique, les Etats qui limitent le rôle des négociations collectives dans le

secteur public doivent, afin de se conformer à cette disposition, garantir aux représentants du personnel un certain rôle dans le processus d'élaboration des conditions d'emploi (voir, par exemple, quant à l'Allemagne, Conclusions III, p. 39).

51. L'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se lit comme suit :

Droit de négociation et d'actions collectives

« Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève. »

52. Quant à la pratique des Etats européens, on peut observer que, dans une grande majorité de ceux-ci, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations a été reconnu, avec des exceptions diverses tendant à exclure certains domaines (procédures disciplinaires, pensions, assurance médicale, salaires des hauts fonctionnaires) ou certaines catégories de fonctionnaires détenteurs de pouvoirs exclusifs de l'Etat (membres des forces armées et de la police, juges, diplomates, fonctionnaires de carrière de l'échelon fédéral). Le droit pour les fonctionnaires des administrations locales non détenteurs de pouvoirs étatiques de mener des négociations collectives pour la détermination de leur rémunération et de leurs conditions de travail a été reconnu dans la grande majorité des Etats contractants, les exceptions existantes pouvant être justifiées par des circonstances particulières.

EN DROIT

I. SUR LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES DU GOUVERNEMENT

53. Le Gouvernement soulève deux exceptions d'irrecevabilité devant la Grande Chambre : l'une tirée de l'impossibilité de lui opposer des accords internationaux autres que la Convention, notamment ceux qu'il n'a pas ratifiés, l'autre tirée de l'inapplicabilité de l'article 11 de la Convention dans le cas des requérants, ceux-ci étant des fonctionnaires, et non des salariés de droit commun.

54. Quant à la première exception, le Gouvernement soutient que la Cour, par voie d'interprétation de la Convention, ne peut créer pour les Etats contractants des obligations nouvelles, non prévues par la Convention. En particulier, estimant que la chambre a attaché une grande importance à

la Charte sociale européenne (dont les articles 5 et 6 n'ont pas été ratifiés par la Turquie) et à la jurisprudence de son mécanisme de contrôle, il demande à la Grande Chambre de déclarer la requête irrecevable pour cause d'incompatibilité *ratione materiae* avec la Convention, compte tenu de l'impossibilité d'opposer au Gouvernement des textes internationaux qu'il n'a pas ratifiés.

55. Pour ce qui est de la deuxième exception, le Gouvernement, invoquant principalement la restriction apportée par la dernière phrase de l'article 11 de la Convention quant à l'applicabilité de cette disposition aux « membres (...) de l'administration de l'Etat », plaide que les fonctionnaires turcs, y compris les fonctionnaires municipaux, bénéficient d'un statut légal précis et très détaillé dans le cadre de la loi n° 657 sur les fonctionnaires de l'Etat, ce qui les distingue selon lui des autres salariés. Il demande à la Cour de rejeter la requête pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de l'article 11 de la Convention.

56. Les requérants contestent les exceptions présentées par le Gouvernement.

57. La Cour observe que l'objection du Gouvernement quant à la prise en compte par la Cour de la Charte sociale européenne ne s'analyse pas en une exception préliminaire. En effet, à supposer même que l'objection du Gouvernement fût fondée, une requête ne devient pas irrecevable par le seul effet des textes à la lumière desquels une section de la Cour en a apprécié le bien-fondé. En réalité, l'objection du Gouvernement concerne plutôt l'examen des questions de fond posées par l'affaire et sera traitée dans ce contexte.

58. Quant à l'exception tirée du champ d'application *ratione materiae* de la Convention, la Cour constate d'emblée que le Gouvernement n'est pas forclo à la soulever, dans la mesure où il avait présenté devant la chambre, avant l'examen de la recevabilité, un argument en substance identique. Cela étant, elle précise que quand bien même il y aurait eu forclusion elle n'aurait pu éviter d'examiner cette question, qui touche à sa compétence, dont l'étendue est déterminée par la Convention elle-même, spécialement par son article 32, et non par les observations soumises par les parties dans une affaire donnée (voir, *mutatis mutandis*, *Blečić c. Croatie* [GC], n° 59532/00, §§ 63-69, CEDH 2006-III).

Cette exception du Gouvernement exige toutefois l'examen de la notion de « membres (...) de l'administration de l'Etat », qui figure à la dernière phrase de l'article 11. Aussi la Cour estime-t-elle opportun de la joindre au fond.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 11 DE LA CONVENTION

59. Les requérants se plaignent que les instances nationales aient méconnu leur droit de fonder des syndicats et leur droit de conclure des conventions collectives. Ils invoquent à cet égard l'article 11 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »

A. L'interprétation de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux

60. La Cour rappelle qu'elle a décidé de traiter lors de l'examen au fond l'argument du Gouvernement tiré de ce que dans le cadre d'une requête, on ne saurait opposer à la Turquie des textes internationaux autres que la Convention, notamment ceux qu'elle n'a pas ratifiés. Cet argument relevant plutôt de la méthodologie à suivre dans le cadre de l'examen du fond des griefs présentés sous l'angle de l'article 11 de la Convention, la Cour estime nécessaire de l'examiner préalablement à toute autre question.

1. *Les arguments des parties*

a) **Le Gouvernement**

61. Le Gouvernement soutient que la Cour ne peut créer, par voie d'interprétation, des obligations nouvelles, non prévues dans la Convention. Il estime en particulier qu'un traité international auquel la Partie intéressée n'a pas adhéré ne peut lui être opposé. S'il admet que la Cour a toujours tenu compte, lorsque cela s'imposait, de « toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les Parties » (*Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI), il considère que cette approche n'est légitime que si elle est fondée sur les critères précisés par l'article 31 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités

(Convention de Vienne), et, notamment, si elle ne tient compte que des instruments opposables à l'État concerné.

62. La Turquie n'est pas Partie à l'article 5 (droit syndical) et à l'article 6 (droit de négociation collective) de la Charte sociale européenne, qu'elle a ratifiée en 1989. Une interprétation conférant une opposabilité par ricochet à ces dispositions serait plus grave encore là où, comme en l'espèce, l'absence dans la Convention d'une disposition prévoyant expressément le droit de conclure des conventions collectives est compensée par la prise en compte d'autres instruments auxquels l'État intéressé ne serait pas Partie.

b) Les requérants

63. Les requérants critiquent la façon dont le Gouvernement pose la question concernant l'interprétation de la Convention. Ils soulignent que la chambre n'a pas appliqué dans le cas d'espèce les dispositions susmentionnées de la Charte sociale européenne, mais qu'elle a tenu compte, dans son interprétation de l'article 11 de la Convention, d'un avis du Comité des experts indépendants (dénommé actuellement le Comité européen des droits sociaux (CEDS)) sur le lien entre le droit syndical et les négociations collectives.

2. La chambre

64. La chambre n'a pas eu à se prononcer sur l'objection en cause. Elle a utilisé l'avis du CEDS comme argument supplémentaire pour souligner le lien organique entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des conventions collectives (*Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, § 35, 21 novembre 2006). Dans son arrêt, la chambre s'est référée aux conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) dans le cadre de l'examen de la nécessité de la mesure incriminée dans une société démocratique, notamment de la question de savoir si le syndicat Tùm Bel Sen avait choisi de bonne foi les négociations collectives comme moyen de défendre les intérêts de ses membres (*ibidem*, § 46).

3. La pratique consistant à interpréter les dispositions de la Convention à la lumière des textes et instruments internationaux autres que la Convention

a) Fondement

65. Pour déterminer le sens des expressions et formules contenues dans la Convention, la Cour s'inspire essentiellement des règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne (voir, par exemple, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18, *Johnston et*

autres c. Irlande, 18 décembre 1986, §§ 51 et suiv., série A n° 112, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, §§ 114 et 117, série A n° 102, et *Witold Litwa c. Pologne*, n° 26629/95, §§ 57-59, CEDH 2000-III). En vertu de la Convention de Vienne, elle doit établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés (*Goldner*, précité, § 29, *Johnston et autres*, précité, § 51, et l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne). Il peut aussi être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, soit pour confirmer un sens déterminé conformément aux étapes évoquées plus haut, soit pour établir le sens lorsqu'il serait autrement ambigu, obscur ou manifestement absurde ou déraisonnable (article 32 de la Convention de Vienne, et *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 62, CEDH 2008).

66. Dès lors que la Convention est avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit l'interpréter et l'appliquer d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire. La Convention doit aussi se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions (voir, entre autres, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, §§ 47-48, CEDH 2005-X).

67. En outre, la Cour n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes (*Saadi*, précité, § 62, *Al-Adsani*, précité, § 55, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, § 150, CEDH 2005-VI, et voir aussi l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne).

68. La Cour rappelle également qu'elle s'est toujours référée au caractère « vivant » de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention (*Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 102, série A n° 161, *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII, et *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I).

b) Diversité des textes et instruments internationaux utilisés pour l'interprétation de la Convention

i. Droit international général

69. Les obligations précises que les dispositions substantielles de la Convention font peser sur les Etats contractants peuvent s'interpréter en premier lieu à la lumière des traités internationaux applicables en la matière

(c'est ainsi, par exemple, que la Cour a interprété l'article 8 de la Convention à la lumière de la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et de la Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants (*Pini et autres c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, §§ 139 et 144, CEDH 2004-V, et *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, §§ 65-66, 13 décembre 2007)).

70. Toujours en ce qui concerne la référence aux autres traités internationaux, la Cour, pour établir l'obligation positive de l'Etat concernant « l'interdiction de l'esclavage domestique », a pris en compte des dispositions de conventions internationales universelles (Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé, Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, et Convention relative aux droits de l'enfant) (*Siliadin c. France*, n° 73316/01, §§ 85-87, CEDH 2005-VII). Après avoir rappelé les dispositions pertinentes de ces instruments internationaux, elle a considéré que limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'Etat irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider la disposition en cause de sa substance (*ibidem*, § 89).

71. Par ailleurs, comme la Cour l'a indiqué dans son arrêt *Golder* (précité, § 35), parmi les règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les Parties figurent également des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (article 38 § 1 c) du Statut de la Cour internationale de justice). La Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a d'ailleurs prévu, en août 1950, « que la Commission et la Cour (devraient) nécessairement appliquer de tels principes » dans l'accomplissement de leurs tâches; en conséquence, elle a « jugé inutile » de le spécifier par une clause de la Convention (Assemblée consultative, document de séance de la session de 1950, tome III, n° 93, p. 982, § 5).

72. Dans l'arrêt *Soering* (précité), la Cour a pris en considération les principes établis par des textes de portée universelle pour développer sa jurisprudence concernant l'article 3 de la Convention en matière d'extradition vers des pays tiers. D'une part, elle a estimé, en se référant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et à la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, que l'interdiction des traitements contraires à l'article 3 de la Convention était devenue une norme internationalement acceptée. D'autre part, elle a considéré que le fait que la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants interdisait l'extradition d'une personne vers un autre Etat où elle risque d'être soumise

à la torture, ne l'empêchait pas de déduire du libellé général de l'article 3 de la Convention une obligation en substance analogue.

73. En outre, la Cour, dans son arrêt *Al-Adsani* (précité), a constaté, à partir de textes universels (article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et articles 2 et 4 de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) et de leur interprétation par des juridictions pénales internationales (jugement du 10 décembre 1998 rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Le Procureur c. Anto Furundžija) ou nationales (arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet (n° 3)*), l'existence d'une norme impérative de droit international ou *jus cogens* quant à l'interdiction de la torture, qu'elle a incorporée à sa jurisprudence dans ce domaine (*Al-Adsani*, précité, § 60).

ii. Instruments du Conseil de l'Europe

74. Dans plusieurs arrêts, la Cour a utilisé, pour les besoins de l'interprétation de la Convention, des textes intrinsèquement non contraignants des organes du Conseil de l'Europe, notamment des recommandations et des résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire (voir, entre autres, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, §§ 59, 71, 90 et 93, CEDH 2004-XII).

75. Ces méthodes d'interprétation ont également conduit la Cour à renforcer son raisonnement par des références à des normes émanant d'autres organes du Conseil de l'Europe, dépourvus quant à eux de toute fonction de représentation des Etats Parties à la Convention, qu'il s'agisse d'organes de surveillance ou d'organes experts. A titre d'exemple, la Cour a procédé, aux fins d'interprétation de la portée exacte des droits et libertés garantis par la Convention, à des emprunts aux travaux de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) (voir, entre autres, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, nos 55066/00 et 55638/00, §§ 70-73, 11 janvier 2007, *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d'Iparralde c. France*, n° 71251/01, §§ 45-52, CEDH 2007-II, et *Çiloğlu et autres c. Turquie*, n° 73333/01, § 17, 6 mars 2007), de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (voir, par exemple, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n° 15250/02, §§ 33-36, CEDH-2005-XIII, *Ivanova c. Bulgarie*, n° 52435/99, §§ 65-66, 12 avril 2007, *Cobzaru c. Roumanie*, n° 48254/99, §§ 49-50, 26 juillet 2007, et *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, §§ 59-65, 184, 192, 200 et 205, CEDH 2007-IV), et du Comité européen pour

la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (voir, par exemple, *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V, *Slimani c. France*, n° 57671/00, §§ 22 et suiv., CEDH 2004-IX, *Nazarenko c. Ukraine*, n° 39483/98, §§ 94-102, 29 avril 2003, *Kalachnikov c. Russie*, n° 47095/99, § 97, CEDH 2002-VI, et *Kadiķis c. Lettonie* (n° 2), n° 62393/00, § 52, 4 mai 2006).

iii. *Prise en compte par la Cour*

76. La Cour a récemment confirmé, dans l'arrêt *Saadi* (précité, § 63), que lorsqu'elle examine le but et l'objet des dispositions de la Convention, elle prend également en considération les éléments de droit international dont relève la question juridique en cause. Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des Etats, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des Etats européens reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude.

77. A titre d'exemple, la Cour, lorsqu'elle a jugé que le droit syndical avait un aspect négatif qui excluait les accords de monopole syndical, a considéré, en se basant notamment sur la Charte sociale européenne et la jurisprudence de ses organes de contrôle, ainsi que sur d'autres instruments européens ou universels, qu'il existait en la matière un degré croissant de consensus au niveau international (*Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, § 35, série A n° 264, et *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n°s 52562/99 et 52620/99, §§ 72-75, CEDH 2006-I).

78. La Cour rappelle à cet égard que dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur.

79. Ainsi, dans l'affaire *Marckx c. Belgique* (13 juin 1979, §§ 20 et 41, série A n° 31), relative au statut des enfants nés hors mariage, la Cour a fondé son interprétation sur deux conventions internationales, datées respectivement de 1962 et 1975, que la Belgique, au même titre que d'autres Etats Parties à la Convention, n'avait pas encore ratifiées à l'époque. La Cour a considéré que le faible taux de ratification de ces instruments ne pouvait être invoqué à l'encontre de l'évolution continue du droit interne de la grande majorité des Etats membres, corrélative de celle des instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l'adage « *mater semper certa est* ».

80. Par ailleurs, dans ses arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* ([GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI), *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* ([GC], n° 63235/00, CEDH 2007-II), et *Sørensen et Rasmussen* (précité), la Cour s'est inspirée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne alors que celle-ci n'était pas contraignante. Par ailleurs, la Cour, dans ses arrêts *McElhinney c. Irlande* ([GC], n° 31253/96, CEDH 2001-XI), *Al-Adsani* (précité), et *Fogarty c. Royaume-Uni* ([GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI), a pris note de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, qui n'avait été ratifiée que par huit Etats membres à l'époque des faits.

81. En outre, dans son arrêt *Glass c. Royaume-Uni* (n° 61827/00, § 75, CEDH 2004-II), la Cour a tenu compte, pour interpréter l'article 8 de la Convention, des normes établies dans la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997, alors que cet instrument n'avait pas été ratifié par l'ensemble des Etats Parties à la Convention.

82. Afin de déterminer les critères de la responsabilité de l'Etat au regard de l'article 2 de la Convention pour ce qui est des activités dangereuses, la Cour, dans son arrêt *Öneryıldız* (précité), s'est référée, entre autres, à la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement (STE n° 150 – Lugano, 21 juin 1993) et à la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal (STE n° 172 – Strasbourg, 4 novembre 1998). La majorité des Etats membres, dont la Turquie, n'avaient ni signé ni ratifié ces deux conventions (*Öneryıldız*, précité, § 59).

83. Dans l'affaire *Taşkın c. Turquie* (n° 49517/99, §§ 99 et 119, 4 décembre 2003), la Cour a complété sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention en matière de protection de l'environnement (aspect considéré comme faisant partie de la vie privée de l'individu) en s'inspirant largement des principes établis par la Convention d'Aarhus de la Commission économique pour l'Europe des nations unies sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ECE/CEP/43). La Turquie n'avait pas signé la Convention d'Aarhus.

84. La Cour note que le Gouvernement excipe par ailleurs de l'absence de soutien politique des Etats membres, dans le cadre des travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme, pour la création d'un Protocole additionnel qui étendrait le système de la Convention à certains droits économiques et sociaux. Elle observe cependant que cette attitude des Etats membres était accompagnée, comme le reconnaît le Gouvernement, de la volonté de renforcer le mécanisme de la Charte sociale européenne. Pour la Cour, il s'agit là d'un argument plaidant en faveur de l'existence d'un consensus des Etats contractants pour faire avancer les droits économiques

et sociaux. Rien n'empêche la Cour de prendre en considération cette volonté générale des Etats contractants lorsqu'elle interprète les dispositions de la Convention.

4. Conclusion

85. La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.

86. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes (voir, *mutatis mutandis*, *Marckx*, précité, § 41).

B. Le droit pour les fonctionnaires municipaux de fonder des syndicats

1. L'arrêt de la chambre

87. La chambre a considéré qu'il n'avait pas été démontré devant elle que l'interdiction absolue de fonder des syndicats qu'imposait aux fonctionnaires le droit turc tel qu'il était appliqué à l'époque des faits correspondait à un « besoin social impérieux ». Elle a jugé que le seul fait que « la législation ne prévoyait pas une telle possibilité » ne pouvait suffire à justifier une mesure aussi radicale que la dissolution d'un syndicat.

88. Se référant à l'arrêt *Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie*, n° 28602/95, §§ 36-39, CEDH 2006-II), la chambre a estimé qu'en l'absence d'éléments concrets propres à démontrer que les activités du syndicat *Tüm Bel Sen* représentaient une menace pour la société ou l'Etat, l'Etat défendeur avait manqué, par le refus de reconnaître la personnalité juridique audit syndicat, à son obligation de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention. Elle a conclu à la violation de l'article 11 de la Convention sur ce point.

2. Les thèses des parties

a) Le Gouvernement

89. Devant la Grande Chambre, le Gouvernement soulève une exception d'incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention : l'article 11 n'étant pas applicable aux « membres (...) de l'administration de l'Etat », il ne pourrait être appliqué aux requérants en l'espèce, ceux-ci relevant de la catégorie de salariés en question. La Cour a décidé de joindre cette exception au fond (paragraphe 58 ci-dessus).

90. A l'appui de son argument, le Gouvernement fait observer que tous les agents publics en Turquie bénéficient d'un statut particulier. La situation des fonctionnaires municipaux ne serait en rien différente de celle des autres fonctionnaires, les organismes des collectivités locales étant manifestement des organisations gouvernementales exerçant des fonctions publiques.

91. Le Gouvernement est d'avis qu'on ne peut priver d'effet, par voie d'interprétation ou par le biais de la jurisprudence, le texte explicite de l'article 11 *in fine*, qui habilite les Etats à prévoir, pour les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat, d'autres restrictions que celles qui doivent remplir le critère de nécessité dans une société démocratique.

92. Le Gouvernement soutient par ailleurs devant la Grande Chambre que l'arrêt de cassation du 6 décembre 1995 n'a eu aucune répercussion sur les activités syndicales intenses du syndicat Tùm Bel Sen : celui-ci aurait fait preuve par la suite d'une efficacité organisationnelle indéniable et aurait signé des centaines de conventions collectives, dont quelque dix mille employés municipaux bénéficieraient actuellement.

b) Les requérants

93. Quant à l'interdiction pour les fonctionnaires de fonder des syndicats, les requérants approuvent le point de vue de la chambre, tout en soulignant que leur grief principal porte sur l'annulation rétroactive de la convention collective. Ils font observer que l'interdiction telle qu'appliquée en l'espèce ne tenait pas compte du fait que certains fonctionnaires effectuaient exactement le même travail que des salariés du secteur privé.

94. Pour ce qui est des effets de l'arrêt de cassation du 6 décembre 1995 sur les activités du syndicat Tùm Bel Sen, les requérants font observer en premier lieu que les maires ayant conclu des conventions collectives avec les syndicats ont été poursuivis au pénal et au civil par le ministère de l'Intérieur pour abus de pouvoir. Même si, récemment, ces poursuites ont été abandonnées, les municipalités, par crainte de nouvelles poursuites,

auraient cessé de s'engager dans des négociations collectives avec les syndicats. Les activités du syndicat *Tüm Bel Sen* s'en seraient trouvées largement restreintes.

95. Les requérants font également valoir sur la même question que la Cour des comptes, à la suite de l'arrêt de cassation du 6 décembre 1995, a déclaré non valides les conventions collectives signées par le syndicat *Tüm Bel Sen* et que les fonctionnaires syndiqués ont dû rembourser tous les surcroûts de salaire ou d'allocations perçus en vertu des conventions en cause. Ce développement, constitutif en soi d'une ingérence dans les activités du syndicat, aurait aussi empêché celui-ci de convaincre les autres municipalités de signer de nouvelles conventions collectives.

3. L'appréciation de la Cour

a) Les requérants, en leur qualité de fonctionnaires municipaux, peuvent-ils bénéficier des dispositions de l'article 11 de la Convention?

96. La Cour est amenée à se pencher sur l'exception du Gouvernement tirée d'une incompatibilité *ratione materiae* de la requête avec les dispositions de la Convention résultant de ce que l'article 11 ne serait pas applicable aux « membres (...) de l'administration de l'Etat ».

Elle rappelle à ce propos que le paragraphe 2 *in fine* de l'article 11 implique nettement que l'Etat est tenu de respecter la liberté d'association de ses employés sauf à y apporter, le cas échéant, des restrictions légitimes s'il s'agit de membres de ses forces armées, de sa police ou de son administration (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976, § 37, série A n° 20).

97. La Cour considère à cet égard que les restrictions pouvant être imposées aux trois groupes de personnes cités par l'article 11 appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'« exercice » des droits en question. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser. Sur ce point, la Cour ne partage pas l'avis de la Commission suivant lequel le terme « légitimes » de la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 11 signifie simplement que les restrictions en cause doivent avoir une base en droit interne et ne pas être arbitraires, et non qu'elles doivent être proportionnées (*Council of Civil Service Unions et autres c. Royaume-Uni*, n° 11603/85, décision de la Commission du 20 janvier 1987, Décisions et rapports 50, p. 244). Pour la Cour, il incombe en outre à l'Etat concerné de démontrer le caractère légitime des restrictions éventuellement apportées au droit syndical de ces personnes. La Cour estime par ailleurs que les fonctionnaires municipaux, dont les activités ne relèvent pas de l'administration de l'Etat en tant que tel, ne peuvent en principe être

assimilés à des « membres de l'administration de l'Etat » et voir limité sur cette base l'exercice de leur droit de s'organiser et de former des syndicats (voir, *mutatis mutandis*, *Tüm Haber Sen et çınar*, précité, §§ 35-40 et 50).

98. La Cour constate que ces considérations trouvent un appui dans la plupart des instruments internationaux pertinents ainsi que dans la pratique des Etats européens.

99. Même si le paragraphe 2 de l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui porte sur le même objet, englobe les membres de la fonction publique dans les catégories de personnes pouvant être soumises à des restrictions, l'article 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont le libellé est similaire à celui de l'article 11 de la Convention, dispose uniquement que les Etats peuvent restreindre le droit syndical des membres des forces armées et de la police, sans faire aucune référence aux membres de la fonction publique.

100. La Cour rappelle que l'instrument principal garantissant, au plan international, le droit pour les agents de la fonction publique de former des syndicats est la Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, dont l'article 2 déclare que les travailleurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations (paragraphe 37 ci-dessus).

101. La Cour observe que le droit pour les fonctionnaires de se syndiquer a été plusieurs fois réaffirmé par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Celle-ci, dans ses observations rédigées à l'intention du gouvernement turc au titre de la convention n° 87, a estimé que la seule exception au droit syndical envisagée par ce texte concernait les membres des forces armées et de la police (paragraphe 38 ci-dessus).

102. La Cour note aussi que le Comité de la liberté syndicale de l'OIT a également maintenu la même ligne de raisonnement en ce qui concerne les fonctionnaires municipaux. Selon ce comité, les travailleurs des administrations locales doivent pouvoir constituer effectivement les organisations qu'ils estiment appropriées et celles-ci doivent posséder pleinement le droit de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs qu'elles représentent (paragraphe 39 ci-dessus).

103. Les textes émanant des organisations européennes montrent aussi que le principe accordant le droit fondamental de se syndiquer aux fonctionnaires a été très largement accepté par les Etats membres. Par exemple, l'article 5 de la Charte sociale européenne garantit la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations. Les législations

nationales peuvent imposer des limitations partielles à la police et des limitations totales ou partielles aux membres des forces armées, mais aucune possibilité de restriction n'a été prévue pour les autres membres de l'administration.

104. Le droit pour les fonctionnaires de se syndiquer a également été reconnu par le Comité des Ministres dans sa Recommandation n° R (2000) 6 sur le statut des agents publics en Europe, dont le principe 8 déclare qu'en principe, les agents publics doivent jouir des mêmes droits que tous les citoyens et que leurs droits syndicaux ne doivent être légalement restreints que dans la mesure où des limitations sont nécessaires pour le bon exercice des fonctions publiques (paragraphe 46 ci-dessus).

105. Toujours au plan européen, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adopte une approche ouverte du droit syndical en déclarant, dans son article 12 § 1, entre autres, que « toute personne » a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts (paragraphe 47 ci-dessus).

106. Quant à la pratique européenne, la Cour rappelle que le droit pour les travailleurs de la fonction publique de se syndiquer est désormais reconnu par tous les Etats contractants (paragraphe 48 ci-dessus). Ce droit s'applique aux fonctionnaires de carrière, aux fonctionnaires sous contrat et aux travailleurs des entreprises industrielles ou commerciales nationales ou municipales qui sont propriétés publiques. Les fonctionnaires, tant ceux qui appartiennent à l'administration centrale que ceux qui relèvent d'une administration locale, peuvent généralement adhérer au syndicat de leur choix. La Cour prend aussi note de ce que la densité syndicale est généralement plus élevée dans le secteur public que dans le secteur privé, ce qui constitue un signe manifeste d'un environnement juridique et administratif favorable créé par les Etats membres. Dans la majorité des Etats membres, les quelques restrictions existantes restent limitées aux membres des organes judiciaires, de la police et du corps des pompiers, les restrictions les plus importantes, qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction de se syndiquer, étant réservées aux membres des forces armées.

107. La Cour en conclut que les « membres de l'administration de l'Etat » ne sauraient être soustraits du champ de l'article 11 de la Convention. Tout au plus les autorités nationales peuvent-elles leur imposer des « restrictions légitimes » conformes à l'article 11 § 2. En l'espèce, toutefois, le Gouvernement n'a pas démontré en quoi la nature des fonctions exercées par les requérants, fonctionnaires municipaux, appelle à les considérer comme « membres de l'administration de l'Etat » sujets à de telles restrictions.

108. Dès lors, les requérants peuvent légitimement invoquer l'article 11 de la Convention, et l'exception soulevée par le Gouvernement sur ce point doit donc être rejetée.

b) Principes généraux

109. La Cour rappelle que l'article 11 § 1 présente la liberté syndicale comme une forme ou un aspect particuliers de la liberté d'association (*Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 38, série A n° 19, et *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précité, § 39). La Convention n'opère aucune distinction entre les attributions de puissance publique des Etats contractants et leurs responsabilités en tant qu'employeurs. L'article 11 ne fait pas exception à cette règle. Bien au contraire, son paragraphe 2 *in fine* implique nettement que l'Etat est tenu de respecter la liberté d'association de ses employés sauf à y apporter, le cas échéant, des « restrictions légitimes » s'il s'agit de membres de ses forces armées, de sa police ou de son administration (*Tüm Haber Sen et Çınar*, précité, § 29). Aussi l'article 11 s'impose-t-il à l'Etat employeur, que les relations de ce dernier avec ses employés obéissent au droit public ou au droit privé (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précité, § 37).

110. La Cour souligne également que si l'article 11 a pour objectif essentiel de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, il peut impliquer en outre l'obligation positive d'assurer la jouissance effective de ces droits. En l'espèce, la responsabilité de la Turquie doit être engagée si les faits dénoncés par les requérants – à savoir, principalement, la non-reconnaissance de leur syndicat par l'Etat à l'époque des faits – résultaient d'un manquement de sa part à garantir aux requérants en droit interne la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention (*Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, n°s 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 41, CEDH 2002-V, et *Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996, § 45, *Recueil* 1996-II).

111. Toutefois, ainsi que la Cour l'a dit dans le contexte de l'article 8 de la Convention, que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans l'article en cause ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique à justifier sous l'angle de son paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins (*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 98, CEDH 2003-VIII).

c) Effets produits sur les activités de Tùm Bel Sen par l'action ou l'inaction de l'Etat

112. La Cour doit vérifier en premier lieu si la thèse du Gouvernement selon laquelle l'arrêt de cassation du 6 décembre 1995 n'a eu aucun effet sur les activités syndicales de Tùm Bel Sen est confirmée par les faits de la cause.

113. Elle observe à cet égard que ledit arrêt, dans la mesure où il y était jugé que le syndicat des requérants n'avait pas acquis le statut de personne morale lors de sa création et n'était, de ce fait, pas habilité à ester en justice, a eu deux effets sur les activités de celui-ci, l'un rétroactif l'autre prospectif.

114. L'arrêt en question a emporté comme effet rétroactif la nullité *ab initio* de toutes les activités et démarches accomplies par Tùm Bel Sen auprès de la mairie de Gaziantep entre 1991 et 1993 afin de protéger les intérêts de ses membres, y compris la convention collective en cause dans la présente affaire. Cet effet s'est trouvé accentué par les décisions de la Cour des comptes exigeant le remboursement rétroactif des avantages obtenus par des membres du syndicat à l'issue des négociations avec l'administration employeur.

115. Quant à l'effet prospectif de l'arrêt de cassation en cause, la Cour estime crédible la thèse des requérants selon laquelle le syndicat Tùm Bel Sen a vu ses activités largement se restreindre en raison de la réticence des responsables des administrations locales à entrer en négociations avec lui. Il ressort du dossier, d'une part, que les responsables des municipalités ayant accepté d'accorder des avantages aux fonctionnaires par la voie de conventions collectives ont dû faire face à des poursuites administratives, financières et judiciaires jusqu'à l'adoption de la loi n° 4688 sur les syndicats de fonctionnaires en date du 25 juin 2001, et, d'autre part, que même après cette date ils ont dû rembourser eux-mêmes à l'Etat les sommes supplémentaires versées à l'époque des faits et se retourner à leur tour contre les fonctionnaires bénéficiaires.

116. Ainsi que la Cour l'a relevé au paragraphe 88 ci-dessus, la chambre a conclu non seulement qu'il y avait eu une ingérence injustifiée dans l'exercice par les requérants de leurs droits découlant de l'article 11 de la Convention mais aussi que, en refusant de reconnaître la personnalité juridique au syndicat des requérants, l'Etat avait manqué à son obligation positive d'assurer aux intéressés la jouissance de ces droits. A l'instar de la chambre, la Grande Chambre considère que, compte tenu du mélange d'action et d'inaction des autorités qui la caractérise, la présente espèce peut s'analyser aussi bien sous l'angle d'une ingérence de l'Etat défendeur dans l'exercice par les requérants des droits garantis par l'article 11 que sous l'angle d'un manquement de sa part à l'obligation positive qu'il avait d'assurer aux

intéressés la jouissance de ces droits. Elle choisit d'examiner cette partie de la cause sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par les requérants de leurs droits, mais elle tiendra compte, ce faisant, des obligations positives de l'Etat.

d) Observation de l'article 11

i. Prévision par la loi et poursuite d'un but légitime

117. Pareille ingérence enfreint l'article 11, sauf si elle était « prévue par la loi », dirigée vers un ou plusieurs buts légitimes et « nécessaire, dans une société démocratique », pour les atteindre.

118. La Cour relève que l'ingérence litigieuse était conforme à la loi nationale telle qu'interprétée par les chambres civiles réunies de la Cour de cassation. Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'arrêt litigieux, dans la mesure où il visait à empêcher une disparité entre la loi et la pratique, tendait à défendre l'ordre (*Tüm Haber Sen et Çınar*, précité, §§ 33-34).

ii. Nécessité dans une société démocratique

119. Quant à la nécessité d'une telle ingérence dans une société démocratique, la Cour rappelle que des restrictions légitimes peuvent être imposées à l'exercice des droits syndicaux par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. Cependant, il faut aussi tenir compte de ce que les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une « nécessité », et donc d'un « besoin social impérieux », au sens de l'article 11 § 2, les Etats ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles de juridictions indépendantes (voir, par exemple, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, § 40, *Recueil* 1998-IV). La Cour doit aussi considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés dans la disposition concernée de la Convention et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, par exemple, *Yazar et autres c. Turquie*, n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 51, CEDH 2002-II).

120. En ce qui concerne la question de savoir si, en l'espèce, la non-reconnaissance du syndicat des requérants était justifiée par un « besoin social impérieux », la Grande Chambre fait sienne l'appréciation suivante de la chambre :

« (...) il n'a pas été démontré devant elle que l'interdiction absolue de fonder des syndicats qu'imposait le droit turc, tel qu'il était appliqué à l'époque des faits, aux fonctionnaires (...) correspondait à un « besoin social impérieux ». Le seul fait que « la législation ne prévoyait pas une telle possibilité » ne saurait suffire à justifier une mesure aussi radicale que la dissolution d'un syndicat. »

121. La Cour estime également qu'à l'époque des faits plusieurs arguments supplémentaires militaient en faveur de la thèse selon laquelle la non-reconnaissance aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de fonder un syndicat ne correspondait pas à une « nécessité ».

122. D'une part, le droit pour les fonctionnaires de fonder des syndicats et de s'y affilier était déjà reconnu par des instruments de droit international, tant universels (paragraphe 98-102 ci-dessus) que régionaux (paragraphe 103-105 ci-dessus). De plus, l'examen de la pratique européenne montrait que le droit pour les travailleurs de la fonction publique de se syndiquer était généralement reconnu dans la totalité des Etats membres (paragraphe 106 ci-dessus).

123. D'autre part, la Turquie avait déjà, à l'époque des faits, ratifié (instrument déposé le 12 juillet 1993), la convention n° 87 de l'OIT, le texte fondamental garantissant, au plan international, le droit pour les agents de la fonction publique de former des syndicats. Cet instrument avait déjà, en vertu de la Constitution turque, force de loi au plan national (paragraphe 34 ci-dessus).

124. Enfin, la Turquie, par sa pratique ultérieure, a confirmé sa volonté de reconnaître aux fonctionnaires le droit de s'organiser, volonté déjà exprimée par la ratification de la convention n° 87 de l'OIT en 1993, par la modification de la Constitution en 1995 ainsi que par la pratique des organes judiciaires à partir du début des années 1990. Cette pratique est illustrée par les décisions rendues en l'espèce par le tribunal de grande instance et la quatrième chambre civile de la Cour de cassation. Par ailleurs, la Turquie a signé, en 2000, les deux instruments des Nations unies reconnaissant le droit en question (paragraphe 40 et 41 ci-dessus).

125. Or la Cour observe qu'en dépit de ces développements sur le plan du droit international, les autorités turques n'ont pu, à l'époque des faits, reconnaître aux requérants le droit de fonder un syndicat, et ce principalement pour deux raisons. Premièrement, le législateur turc, après la ratification en 1993 de la convention n° 87 de l'OIT par la Turquie, est resté dans l'inertie jusqu'en 2001, année au cours de laquelle il a adopté

la loi n° 4688 sur les syndicats des fonctionnaires, qui régit l'application pratique de ce droit. Deuxièmement, durant cette période transitoire, les chambres civiles réunies de la Cour de cassation ont refusé de suivre la solution proposée par le tribunal de grande instance de Gaziantep, qui s'inspirait des développements du droit international, et ont procédé à une interprétation restrictive et formaliste des textes de droit interne concernant la fondation des personnes morales. Cette interprétation a empêché les chambres civiles réunies de procéder à une évaluation des circonstances spécifiques de l'affaire et de rechercher si un juste équilibre avait été ménagé entre les intérêts respectifs des requérants et de l'administration employeur, la municipalité de Gaziantep (voir, *mutatis mutandis*, *Sørensen et Rasmussen*, précité, § 58).

126. La Cour considère ainsi que l'effet combiné de l'interprétation restrictive de la Cour de cassation et de l'immobilité du législateur entre 1993 et 2001 a empêché le gouvernement défendeur de remplir son obligation positive d'assurer aux requérants la jouissance de leurs droits syndicaux et n'était pas «nécessaire dans une société démocratique», au sens de l'article 11 § 2 de la Convention.

127. Partant, il y a eu violation de l'article 11 de la Convention à raison de la non-reconnaissance aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de fonder des syndicats.

C. L'annulation de la convention collective conclue et appliquée depuis deux ans entre le syndicat Tüm Bel Sen et l'administration

1. L'arrêt de la chambre

128. La Chambre a examiné ce point séparément du grief concernant le refus de la Cour de cassation de reconnaître aux fonctionnaires le droit de fonder des syndicats.

129. Sur la question de l'existence d'une atteinte aux droits syndicaux des requérants, la chambre a estimé que la jurisprudence de la Cour n'excluait pas que le droit de conclure des conventions collectives puisse constituer, dans les circonstances particulières d'une affaire donnée, l'un des moyens principaux, voire le moyen principal, pour les membres d'un syndicat de protéger leurs intérêts. Elle a relevé le lien organique, déjà constaté par le CEDS, qui existe entre la liberté syndicale et la liberté de mener des négociations collectives.

130. Après avoir constaté qu'en l'espèce le syndicat Tüm Bel Sen avait persuadé l'administration de mener des négociations collectives et de conclure une convention collective et que celle-ci avait régi pendant deux ans toutes les relations de travail au sein de la municipalité, la chambre

a estimé que cette convention collective constituait, pour ledit syndicat, le moyen principal, sinon le moyen unique, de promouvoir et assurer les intérêts de ses membres (*Demir et Baykara*, précité, §§ 30-40).

131. La chambre a aussi estimé que l'ingérence en cause était prévue par la loi et que la concordance entre la pratique et la législation interne en vigueur pouvait passer pour un but légitime au sens du paragraphe 2 de l'article 11 (*ibidem*, § 42). En ce qui concerne la justification de l'ingérence litigieuse, elle a constaté qu'aucun besoin impérieux sur ce point n'avait été prouvé par le Gouvernement. Elle a également estimé que ce dernier avait manqué à son obligation positive, dérivée de l'article 11, de faciliter au syndicat des requérants la défense des intérêts de ses membres.

2. Les thèses des parties

132. Les parties s'accordent à dire que la Grande Chambre doit examiner le grief concernant l'annulation de la convention collective séparément du grief portant sur le droit pour les requérants de fonder des syndicats.

a) Le Gouvernement

133. Le Gouvernement soutient que le grief relatif à l'annulation de la convention collective doit faire l'objet d'un examen séparé, dans la mesure où il pose, selon lui, des questions juridiques distinctes de celles que soulève le droit des requérants de fonder un syndicat.

134. Selon le Gouvernement, il n'y a pas lieu de modifier la jurisprudence établie dans les années 1970 selon laquelle le droit de conclure des conventions collectives ne constitue pas un droit garanti par l'article 11 en tant que tel. Au-delà des premières affaires classiques, celle du *Syndicat national de la police belge* ou celle du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précitées, cette jurisprudence aurait été réitérée plus récemment dans des décisions d'irrecevabilité (*Francesco Schettini et autres c. Italie* (déc.), n° 29529/95, 9 novembre 2000, et *UNISON c. Royaume-Uni* (déc.), n° 53574/99, CEDH 2002-I).

135. Le Gouvernement rappelle à cet égard que les droits syndicaux peuvent être mis en œuvre par plusieurs moyens et il soutient que l'Etat est libre de sélectionner ceux devant être utilisés par les syndicats. Il n'appartiendrait pas à la Cour d'imposer certains de ces moyens aux Etats contractants dans le cadre de l'article 11.

136. Il plaide par ailleurs que l'on ne peut établir l'existence d'une pratique européenne uniforme quant au droit pour les fonctionnaires de conclure des conventions collectives. Dans certains Etats contractants, seuls les agents publics contractuels (c'est-à-dire autres que les fonctionnaires

de carrière) disposeraient de tels droits, tandis que dans d'autres seuls les fonctionnaires occupant des postes élevés en seraient privés.

137. Enfin, le Gouvernement estime que les conventions de l'OIT ratifiées par la Turquie ne sont pas pertinentes dans le contexte de l'article 11 de la Convention. La Cour ne devrait pas s'en servir pour créer de nouveaux droits opposables au titre de la Convention.

b) Les requérants

138. Les requérants précisent que leur grief principal est tiré de l'annulation de la convention collective qu'ils avaient conclue avec la municipalité de Gaziantep. Ils disent partager l'analyse livrée par la chambre sur ce point, tout en soulignant que la position de la Cour de cassation a totalement ignoré leurs droits à cet égard.

139. Ils souscrivent en outre à l'opinion concordante de trois juges de la chambre selon laquelle le droit de négociation collective doit être considéré de nos jours comme un des éléments essentiels du droit de former des syndicats, au sens de l'article 11 de la Convention.

3. Sur l'existence d'une ingérence

a) Principes généraux concernant le contenu du droit syndical

i. L'évolution de la jurisprudence

140. Le développement de la jurisprudence de la Cour concernant les éléments constitutifs du droit syndical peut se résumer comme suit : la Cour a toujours considéré que l'article 11 de la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les Etats contractants doivent à la fois autoriser et rendre possibles la conduite et le développement (*Syndicat national de la police belge*, précité, § 39, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précité, § 40, et *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, § 36, série A n° 21).

141. Quant au contenu du droit syndical consacré par l'article 11 de la Convention, la Cour a considéré que le paragraphe 1 de cette disposition garantissait aux membres d'un syndicat, en vue de la défense de leurs intérêts, le droit à ce que leur syndicat soit entendu, mais laissait à chaque Etat le choix des moyens à employer à cette fin. Ce qu'exige la Convention, selon la Cour, c'est que la législation permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour défendre les intérêts de leurs membres (*Syndicat national de la police belge*, précité, § 39, *Syndicat*

suédois des conducteurs de locomotives, précité, § 40, et *Schmidt et Dahlström*, précité, § 36).

142. En ce qui concerne le droit de conclure des conventions collectives, la Cour a estimé, dans un premier temps, que l'article 11 n'assurait pas un traitement spécifique aux syndicats et, en particulier, ne leur garantissait pas le droit de conclure des conventions collectives (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précité, § 39). Elle a précisé par ailleurs que ce droit ne constituait nullement un élément nécessairement inhérent à un droit garanti par la Convention (*Schmidt et Dahlström*, précité, § 34).

143. Plus tard, dans l'affaire *Wilson, National Union of Journalists et autres*, précitée, la Cour a considéré que même si la négociation collective n'était pas indispensable à une jouissance effective de la liberté syndicale, elle pouvait être l'un des moyens par lesquels les syndicats pouvaient être mis en mesure de protéger les intérêts de leurs affiliés. Le syndicat devait être libre, d'une manière ou d'une autre, de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il avait à dire au nom de ses membres (*ibidem*, § 44).

144. Il en ressort que l'évolution de la jurisprudence quant au contenu du droit syndical consacré par l'article 11 est marquée par deux principes directeurs : d'une part, la Cour prend en considération la totalité des mesures prises par l'Etat concerné afin d'assurer la liberté syndicale dans la mise en œuvre de sa marge d'appréciation, d'autre part, la Cour n'accepte pas les restrictions qui affectent les éléments essentiels de la liberté syndicale sans lesquels le contenu de cette liberté serait vidé de sa substance. Ces deux principes ne se contredisent pas, ils sont corrélés. Cette corrélation implique que l'Etat contractant en cause, tout en étant libre en principe de décider quelles mesures il entend prendre afin d'assurer le respect de l'article 11, est dans l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour.

145. De l'état actuel de la jurisprudence de la Cour se dégagent les éléments essentiels suivants du droit syndical : le droit de former un syndicat et de s'y affilier (voir, récemment, *Tüm Haber Sen et Çınar*, précité), l'interdiction des accords de monopole syndical (voir, par exemple, *Sørensen et Rasmussen*, précité), le droit pour un syndicat de chercher à persuader l'employeur d'écouter ce qu'il a à dire au nom de ses membres (*Wilson, National Union of Journalists et autres*, précité, § 44).

146. Cette liste n'est pas figée. Au contraire, elle a vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail. A cet égard, il convient de rappeler que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme,

lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Autrement dit, les limitations apportées aux droits doivent être interprétées restrictivement, d'une manière qui assure une protection concrète et effective des droits de l'homme (voir, *mutatis mutandis*, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 100, CEDH 2003-II, et *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V).

ii. Le droit de négociation collective

147. La Cour observe qu'en droit international, le droit de négociation collective est énoncé par la Convention n° 98 de l'OIT concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective. Conclu en 1949, ce texte, qui constitue l'un des instruments fondamentaux concernant les normes internationales du travail, a été ratifié par la Turquie en 1952. Il précise dans son article 6 qu'il ne traite pas de la situation des « fonctionnaires publics ». Cependant, la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et des recommandations a interprété cette disposition comme excluant uniquement les fonctionnaires dont les activités sont propres à l'administration de l'Etat. En dehors de ces derniers, toutes les personnes employées par le gouvernement, les entreprises publiques ou les institutions publiques autonomes doivent bénéficier, selon cette commission, des garanties de la convention n° 98 de l'OIT au même titre que les autres salariés, et en conséquence pouvoir négocier collectivement leurs conditions d'emploi, y compris salariales (paragraphe 43 ci-dessus).

148. La Cour relève aussi que la Convention n° 151 (adoptée en 1978, entrée en vigueur en 1981 et ratifiée par la Turquie) sur les relations de travail dans la fonction publique (Convention n° 151 de l'OIT concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique), laisse aux Etats le choix de reconnaître ou non aux membres des forces armées ou de la police le droit de participer à la détermination des conditions de travail, mais dispose que ce droit s'applique partout ailleurs dans la fonction publique, au besoin selon des modalités particulières. En outre, les dispositions de la convention n° 151, en application de son article 1 § 1, ne peuvent être utilisées afin de réduire l'étendue des garanties prévues par la convention n° 98 de l'OIT (paragraphe 44 ci-dessus).

149. Quant aux textes européens, la Cour constate que la Charte sociale européenne, en son article 6 § 2 (que la Turquie n'a pas ratifié), reconnaît à tout travailleur comme à tout syndicat le droit de mener

des négociations collectives, faisant ainsi peser sur les pouvoirs publics l'obligation correspondante de promouvoir activement une culture du dialogue et de la négociation dans l'économie, afin d'aboutir à une large couverture conventionnelle. Elle observe cependant que cette obligation n'emporte pas celle de conclure une convention collective. Selon le sens donné par le CEDS à l'article 6 § 2 de cette charte, qui s'applique en fait pleinement aux agents de la fonction publique, les États qui limitent le rôle des négociations collectives dans le secteur public doivent, afin de se conformer à cette disposition, garantir aux représentants du personnel un certain rôle dans le processus d'élaboration des conditions d'emploi.

150. De son côté, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui est l'un des textes européens les plus récents, prévoit, en son article 28, que les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés.

151. Quant à la pratique des États européens, la Cour rappelle que, dans une grande majorité d'entre eux, le droit pour les fonctionnaires de mener des négociations collectives avec les administrations a été reconnu, avec des exceptions diverses tendant à exclure certains domaines considérés comme sensibles ou certaines catégories de fonctionnaires détenteurs de pouvoirs exclusifs de l'État. En particulier, le droit pour les fonctionnaires des administrations locales non détenteurs de pouvoirs étatiques de mener des négociations collectives pour la détermination de leur rémunération et de leurs conditions de travail a été reconnu dans la majorité des États contractants, les exceptions existantes ne pouvant être justifiées que par des circonstances particulières (paragraphe 52 ci-dessus).

152. Il y a lieu de tenir compte également de l'évolution qu'a connue la situation en Turquie depuis l'introduction de la requête. Suite à la ratification de la convention n° 87 de l'OIT, la Turquie a modifié en 1995 l'article 53 de sa Constitution en y insérant un paragraphe reconnaissant aux syndicats fondés par des agents publics le droit d'ester en justice et d'engager des négociations collectives avec l'administration. Plus tard, la loi n° 4688 du 25 juin 2001 a défini les modalités de l'utilisation par les fonctionnaires de leur droit de mener des négociations collectives.

153. A la lumière de ces développements, la Cour estime que sa jurisprudence selon laquelle le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne constitue pas un élément inhérent à l'article 11 de la Convention (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, précité, § 39, et *Schmidt et Dahlström*, précité, § 34) doit être revue, de manière à tenir compte de l'évolution perceptible en la matière tant en droit international

que dans les systèmes juridiques nationaux. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, l'abandon par elle d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (*Vilho Eskelinen et autres*, précité, § 56).

154. En conséquence, la Cour estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des « restrictions légitimes » pouvant devoir être imposées aux « membres de l'administration de l'Etat » au sens de l'article 11 § 2, dont cependant les requérants en l'espèce ne font pas partie (paragraphe 106-107 ci-dessus).

b) Application de ces principes dans le cas d'espèce

155. A la lumière des principes énoncés ci-dessus, la Cour estime que déjà à l'époque des faits le syndicat TİM Bel Sen disposait du droit de mener des négociations collectives avec l'administration employeur, qui ne l'avait du reste pas contesté. Ce droit constituait l'un des éléments inhérents au droit de mener des activités syndicales garanti audit syndicat par l'article 11 de la Convention.

156. Quant à la convention litigieuse, conclue à l'issue de négociations collectives, la Grande Chambre constate, à l'instar de la chambre, les faits suivants :

« D'abord, le syndicat TİM Bel Sen a persuadé l'employeur, la municipalité de Gaziantep, d'engager une négociation collective sur les questions dont il estimait qu'elles étaient importantes pour les intérêts de ses membres et de parvenir à un accord afin de déterminer leurs obligations et devoirs réciproques.

Ensuite, à l'issue de ces négociations, une convention collective a été conclue entre l'employeur et le syndicat TİM Bel Sen. Tous les droits et les obligations des membres de celui-ci ont été prévus et protégés dans le cadre de ce texte.

Par ailleurs, cette convention collective a été mise en application. Pendant deux ans, à l'exception de certaines dispositions financières qui faisaient l'objet d'un litige entre les parties, la convention collective en cause a régi toutes les relations de travail au sein de la municipalité de Gaziantep. »

157. Partant, la Cour estime que les négociations collectives menées en l'espèce et la convention collective conclue en conséquence constituaient pour le syndicat concerné des moyens essentiels de promouvoir et assurer les intérêts de ses membres. L'absence de la législation nécessaire pour donner vie aux dispositions des conventions internationales de travail déjà ratifiées par la Turquie et l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1995 fondé sur cette absence, qui emporta, de fait, l'annulation rétroactive de la convention collective en question, s'analysent en une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur liberté syndicale, telle qu'elle est consacrée par l'article 11 de la Convention.

158. Quant aux arguments des requérants tirés de l'insuffisance des dispositions de la nouvelle législation du point de vue des droits syndicaux des fonctionnaires, la Cour rappelle que l'objet de la présente requête ne s'étend pas au fait que la nouvelle législation turque n'impose pas à l'administration l'obligation de conclure des conventions collectives avec les syndicats de fonctionnaires, ni au fait que ces derniers n'ont pas le droit de grève en cas de non-aboutissement des négociations collectives.

4. Sur la justification de l'ingérence

159. La Cour estime que l'ingérence litigieuse, à savoir l'annulation avec effet rétroactif de la convention collective que le syndicat Tüm Bel Sen avait conclue à l'issue de négociations collectives avec l'administration qui employait les requérants, doit être considérée comme ayant violé l'article 11, sauf s'il peut être démontré qu'elle était « prévue par la loi », qu'elle poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au sens du paragraphe 2 et qu'elle était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ces buts.

a) La prévision par la loi

160. Le Gouvernement et les requérants souscrivent au constat de la chambre selon lequel l'ingérence en question était prévue par la loi. Pour les besoins de la présente affaire, la Grande Chambre peut accepter que l'ingérence était prévue par la loi, telle qu'interprétée par les chambres civiles réunies de la Cour de cassation, la plus haute instance juridique intervenue en l'espèce.

b) La poursuite d'un but légitime

161. La Cour peut aussi accepter, à l'instar de la chambre ainsi que des parties, que l'ingérence en question, dans la mesure où elle visait à empêcher une disparité entre la loi et la pratique, poursuivait un but légitime : la défense de l'ordre. Quant au fait que le risque de pareille disparité résultait

du temps mis par le législateur à adapter la législation aux engagements internationaux de la Turquie en matière de normes internationales du travail, la Cour estime que son appréciation relève également de l'examen de la nécessité de la mesure litigieuse dans une société démocratique.

c) La nécessité dans une société démocratique

162. La Cour se réfère à cet égard à sa jurisprudence exposée ci-dessus relativement aux obligations négatives et positives résultant pour le Gouvernement de l'article 11 de la Convention (paragraphe 109-111 ci-dessus).

163. Quant à l'application de ces principes dans la présente affaire, la Cour note que le Gouvernement estime inutile de démontrer la nécessité dans une société démocratique de la restriction incriminée, son argument principal consistant à dire que les requérants, en leur qualité de fonctionnaires, ne possédaient pas le droit de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives.

164. La Cour, procédant à son propre examen, considère qu'à l'époque des faits plusieurs éléments montraient que le refus aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de mener des négociations collectives et ainsi de convaincre l'administration de conclure une convention collective, ne correspondait pas à un « besoin social impérieux ».

165. En premier lieu, le droit pour les fonctionnaires de pouvoir en principe mener des négociations collectives était reconnu par des instruments de droit international tant universels (paragraphe 147-148 ci-dessus) que régionaux (paragraphe 149-150 ci-dessus). Par ailleurs, l'examen de la pratique européenne montre que ce droit était reconnu dans la majorité des Etats membres (paragraphe 52 et 151 ci-dessus).

166. En deuxième lieu, la Turquie avait dès 1952 ratifié la convention n° 98 de l'OIT, l'instrument principal garantissant, au plan international, le droit pour les travailleurs de mener des négociations collectives et de conclure des conventions collectives (paragraphe 42-43 et 151 ci-dessus). Aucun élément du dossier ne montre que le syndicat des requérants représentait les « fonctionnaires publics », c'est-à-dire, selon l'interprétation de la commission d'experts de l'OIT, les fonctionnaires dont les activités sont propres à l'administration de l'Etat, lesquels relèvent de l'exception prévue par l'article 6 de la convention n° 98 de l'OIT.

167. Dans ces conditions, la Grande Chambre partage la considération suivante de la chambre :

« La Cour ne saurait admettre que le moyen tiré d'une lacune dans la loi – causée par le retard du législateur – puisse, à lui seul, rendre l'annulation d'une convention collective, appliquée depuis deux ans, conforme aux conditions dans lesquelles la liberté d'association peut être restreinte. »

168. Par ailleurs, la Grande Chambre observe que le Gouvernement n'a pas démontré l'existence de circonstances particulières permettant d'exclure les requérants, fonctionnaires municipaux, du droit, inhérent à leur liberté syndicale, de faire usage de la négociation collective pour conclure la convention en cause. L'explication selon laquelle les fonctionnaires ont, sans distinction, une position privilégiée par rapport aux autres travailleurs n'est pas suffisante dans ce contexte.

169. La Cour conclut donc que l'ingérence en cause, c'est-à-dire l'annulation rétroactive de la convention collective conclue par le syndicat des requérants à l'issue de négociations collectives avec l'administration, n'était pas « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 11 § 2 de la Convention.

170. Dès lors, il y a eu violation de l'article 11 de la Convention sur ce point également, tant à l'égard du syndicat des requérants qu'à l'égard des requérants eux-mêmes.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

171. Les requérants soutiennent que les restrictions apportées à leurs libertés de fonder des syndicats et de conclure des conventions collectives s'analysent en une distinction discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 11.

172. Eu égard toutefois à ses conclusions sur le terrain de l'article 11, la Cour, à l'instar de la chambre, ne juge pas nécessaire d'examiner ce grief séparément.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

173. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

174. Devant la chambre, M. Kemal Demir avait réclamé 551 euros (EUR) pour dommage matériel, somme correspondant selon lui aux augmentations de salaire qu'il aurait obtenues en l'espace de treize ans si la convention collective litigieuse n'avait pas été annulée. Il avait par ailleurs sollicité une somme de 14 880 EUR pour le dommage moral qu'il disait avoir subi en raison de la déception d'avoir été privé des moyens de faire valoir ses droits.

175. M^{me} Vicdan Baykara avait quant à elle réclamé, au nom du syndicat qu'elle représentait et de ses membres, une indemnité de 148 810 EUR pour dommage moral.

176. La chambre a alloué 20 000 EUR pour dommage moral à M^{me} Vicdan Baykara en sa qualité de représentante du syndicat Tüm Bel Sen, somme à ristourner aux membres du syndicat, ainsi que 500 EUR, tous dommages confondus, à M. Kemal Demir.

177. Les requérants demandent à la Grande Chambre de leur accorder exactement les mêmes sommes.

178. Le Gouvernement conteste ces prétentions. Il estime qu'il n'existe aucun lien de causalité entre le dommage matériel allégué par les deux requérants et l'arrêt de cassation litigieux, qui portait sur la capacité juridique du syndicat Tüm Bel Sen. Il signale par ailleurs que les demandes présentées à ce titre ne sont accompagnées d'aucun document justificatif. Il soutient en dernier lieu que M^{me} Vicdan Baykara, présidente du syndicat Tüm Bel Sen, n'a fait qu'accomplir son devoir de représentante de cette formation et ne devrait pas se voir accorder un dédommagement moral à ce titre.

179. En ce qui concerne la demande pour dommage matériel présentée par M. Kemal Demir, la Cour estime que la somme que le requérant a dû rembourser à l'État à la suite de l'annulation de la convention collective en cause doit lui être reversée. Il est vrai que la demande n'est pas entièrement étayée par des documents. Cependant, les calculs exposés sous forme de schéma par les requérants permettent d'en vérifier l'exactitude. Statuant en équité, la Cour accorde à M. Kemal Demir 500 EUR, tous dommages confondus.

180. Quant à la demande pour dommage moral formulée par M^{me} Vicdan Baykara au nom du syndicat qu'elle représente, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle la frustration éprouvée par les membres d'un organisme dissous ou empêché d'agir peut être prise en compte à cet égard (voir, par exemple, *Dicle pour le Parti de la démocratie (DEP) c. Turquie*, n° 25141/94, § 78, 10 décembre 2002, et *Parti présidentiel de Mordovie c. Russie*, n° 65659/01, § 37, 5 octobre 2004). La Cour relève qu'à l'époque des faits, le syndicat Tüm Bel Sen représentait le principal mouvement syndical dans les services municipaux. Sa dissolution et l'annulation de la convention collective qu'il avait conclue avec la municipalité de Gaziantep ont dû inspirer de profonds sentiments de frustration à ses membres, privés par ces mesures de leur principal moyen de protéger leurs intérêts professionnels.

181. Statuant en équité, la Cour accorde 20 000 EUR pour préjudice moral au syndicat Tüm Bel Sen. Cette somme sera versée à M^{me} Vicdan Baykara, qui sera chargée de la mettre à la disposition dudit syndicat, qu'elle représente.

B. Frais et dépens

182. Pas plus devant la Grande Chambre que devant la chambre, les requérants n'ont présenté de demande à ce titre. La Cour estime donc qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur ce point.

C. Intérêts moratoires

183. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Joint au fond* les exceptions préliminaires du Gouvernement et les rejette;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention à raison de l'ingérence dont les requérants, fonctionnaires municipaux, ont été victimes dans l'exercice de leur droit de fonder des syndicats;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 11 de la Convention à raison de l'annulation rétroactive de la convention collective conclue par le syndicat Tüm Bel Sen à l'issue de négociations collectives avec l'administration;
4. *Dit* qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément les griefs tirés de l'article 14 de la Convention;
5. *Dit*
 - a) que l'Etat défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes, à convertir en nouvelles livres turques au taux applicable à la date du règlement:
 - i. à M^{me} Vicdan Baykara, représentante du syndicat Tüm Bel Sen, 20 000 EUR (vingt mille euros) pour dommage moral, à charge pour l'intéressée de transférer la somme audit syndicat,
 - ii. à M. Kemal Demir 500 EUR (cinq cents euros), tous dommages confondus,
 - iii. tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur lesdites sommes,
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de

la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 novembre 2008.

Michael O'Boyle
Greffier adjoint

Christos Rozakis
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions suivantes :

- opinion séparée du juge Zagrebelsky ;
- opinion concordante du juge Spielmann à laquelle se rallient les juges Bratza, Casadevall et Villiger.

C.L.R.
M.O'B.

OPINION SÉPARÉE DU JUGE ZAGREBELSKY

(Traduction)

Au raisonnement développé dans l'arrêt quant à la question qui touche au droit des syndicats à la négociation collective, je veux ajouter quelques considérations concernant les conséquences des revirements dans la jurisprudence de la Cour.

1. Le 6 février 1976, dans son arrêt relatif à l'affaire *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède* (série A n° 20), la Cour s'était exprimée ainsi (§ 39) :

« (...) l'article 11 § 1 (...) n'assure pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'Etat et notamment le droit à ce qu'il conclue avec eux telle ou telle convention collective. Non seulement ce droit ne se trouve pas mentionné à l'article 11 § 1, mais on ne saurait affirmer que les Etats contractants le consacrent tous en principe dans leur législation ou leur pratique internes, ni qu'il soit indispensable à l'exercice efficace de la liberté syndicale. »

Elle avait ajouté (§ 40) :

« (...) en vue de la défense de leurs intérêts les membres d'un syndicat ont droit à ce qu'il soit entendu. Assurément, l'article 11 § 1 laisse à chaque Etat le choix des moyens à employer à cette fin ; la conclusion de conventions collectives en constitue un, mais il y en a d'autres. Ce qu'exige la Convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres. »

(voir aussi *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, §§ 34-35, série A n° 21, et *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 39, série A n° 19).

Cette jurisprudence a encore été rappelée, sans être remise en cause, en 1996 et en 2002 dans les arrêts *Gustafsson c. Suède* (25 avril 1996, § 45, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II) et *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni* (nos 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 44, CEDH 2002-V).

Avec le présent arrêt la Cour juge par contre que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention » (paragraphe 154 de l'arrêt).

2. Il s'agit là d'un revirement explicite de jurisprudence, qui tient compte de « l'évolution perceptible en la matière tant en droit international que dans les systèmes juridiques nationaux » (paragraphe 153 de l'arrêt). En réalité, le fait nouveau et récent susceptible d'indiquer une évolution au

niveau international paraît être seulement la proclamation (en 2000) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'évolution des législations dans les différents Etats (paragraphe 52 et 151 de l'arrêt) permet difficilement, quant à elle, d'identifier le moment ou la période à partir desquels un changement significatif est devenu perceptible.

J'ai le sentiment que le revirement opéré par la Cour constitue plus une correction de sa jurisprudence antérieure qu'une adaptation de celle-ci à un véritable changement, au niveau européen ou national, du cadre législatif (comme c'était le cas, par exemple, dans l'affaire *Stafford c. Royaume-Uni* du 28 mai 2002 ([GC], n° 46295/99, CEDH 2002-IV)) ou de l'éthos social et culturel pertinent (comme c'était le cas, par exemple, dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 ([GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI)). Ce revirement est probablement plus proche de celui que la Cour a eu à connaître dans l'affaire *Pessino c. France* (n° 40403/02, 10 octobre 2006) que de la jurisprudence interne qui a fait l'objet de l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni* (22 novembre 1995, série A n° 335-B). De toute façon, l'évolution de l'opinion publique qui rendait prévisible la solution adoptée par les juges internes dans l'affaire *S.W. c. Royaume-Uni* était déjà évidente au moment des faits reprochés au requérant.

3. Reconnaissant qu'il est « dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi [qu'elle] ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents », la Cour, responsable de l'interprétation de la Convention (article 32 de la Convention), n'en opère pas moins le présent revirement, considérant que « l'abandon par elle d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme et amélioration » (paragraphe 153 de l'arrêt).

Tout cela est parfaitement en ligne avec la pratique de la Cour, qui, tout en restant en principe fidèle à ses propres précédents, fait de temps en temps, avec beaucoup de prudence, évoluer sa jurisprudence en renversant celle qui précède (*Christine Goodwin*, précité, §§ 74 et 93, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, § 56, CEDH 2007-II, et *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, §§ 109, 121 et 125, CEDH 2005-I).

4. Tout juge doit interpréter le droit de façon à le clarifier et, le cas échéant, assurer le développement demandé par l'évolution de la société à laquelle elle s'adresse (voir, parmi beaucoup d'autres, *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 40, série A n° 260-A, et *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 31, *Recueil* 1996-V). Au sens de la Convention, la « loi » est tout à la fois le texte législatif et l'interprétation qu'en donnent les juridictions (*Kruslin c. France*, 24 avril 1990, § 29, série A n° 176-A), de sorte que les divergences de jurisprudence provoquent une incertitude et un manque de prévisibilité

propres à faire douter de la légalité d'une atteinte à un droit conventionnel (*Driha c. Roumanie*, n° 29556/02, § 32, 21 février 2008, et *Păduraru c. Roumanie*, n° 63252/00, § 98, CEDH 2005-XII). Toute interprétation judiciaire de la loi est par nature rétroactive, en ce sens qu'elle s'applique à une situation ou à une conduite antérieures.

Mais, à mon sens, le cas du revirement jurisprudentiel pose un problème tout à fait spécial, parce que l'interaction de la nouvelle interprétation avec le droit tel qu'énoncé précédemment donne lieu à une nouvelle « loi », dont le contenu est différent de celui de la « loi » antérieure. La rétroactivité de la nouvelle « loi » pose problème au regard des exigences de prévisibilité et de sécurité juridique. J'y vois un lien avec les problèmes posés par les lois d'interprétation, dont l'effet rétroactif justifie une certaine résistance de la part de la Cour. Les exigences quant à la qualité de la loi, et particulièrement celle de prévisibilité de son application, demandent qu'on prenne en considération la nature de l'interprétation judiciaire d'une manière qui ne soit pas trop différente de ce qu'on fait dans les cas de succession de lois dans le temps, où la période transitoire est souvent réglementée.

5. En ce qui concerne la jurisprudence des juges internes, la Cour a déjà montré qu'elle était consciente du problème quand elle a pris acte des jurisprudences ouvrant une nouvelle voie de recours interne aux requérants (*Di Sante c. Italie* (déc.), n° 56079/00, 24 juin 2004, *Cocchiarella c. Italie* [GC], n° 64886/01, § 44, CEDH 2006-V, voir aussi *Giummarra et autres c. France* (déc.), n° 61166/00, 12 juin 2001, *Mifsud c. France* (déc.) [GC], n° 57220/00, CEDH 2002-VIII, *Broca et Texier-Micault c. France*, nos 27928/02 et 31694/02, § 20, 21 octobre 2003, et *Paulino Tomas c. Portugal* (déc.), n° 58698/00, CEDH 2003-VIII), tout en les traitant comme s'il s'agissait d'une nouvelle loi, qui devait prendre effet (« entrer en vigueur ») après un certain délai, comparable à la *vacatio legis*.

Sont l'expression d'une pareille conscience certains arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes et de certaines juridictions nationales, qui, reprenant l'instrument des *prospective overrulings*, ou bien tirant les conséquences de l'erreur de droit induite par la jurisprudence antérieure, n'appliquent pas (rétroactivement et automatiquement) la nouvelle jurisprudence à l'affaire pendante et/ou aux situations semblables (Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, *Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis à monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2004). Est particulièrement clair et incisif à cet égard l'argument, lié à l'article 6 de la Convention, utilisé par la Cour de cassation française dans son arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2006 (P. Morvan, *Le Sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable*, Dalloz, 2007, pp. 835 et suiv.). Doit également être prise en compte l'opinion exprimée par Lord Nicholls

of Birkenhead dans l'arrêt de la Chambre des lords *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others*, du 30 juin 2005.

6. Dans son arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 (§ 58, série A n° 31) la Cour, répondant à la demande du Gouvernement l'invitant à statuer sur les effets de son arrêt sur les situations antérieures et tenant compte de la lente évolution vers l'égalité de traitement dont il s'agissait dans le cas d'espèce, avait dispensé l'Etat belge de remettre en cause les actes ou situations juridiques antérieures au prononcé de son arrêt.

La Cour, dans un souci de sécurité juridique, avait ainsi démontré sa sensibilité à l'exigence de ne pas remettre en cause des situations concernant les particuliers dont les procédures liées aux successions avaient déjà été réglées. Mais il s'agissait là d'un cas exceptionnel, qui s'expliquait probablement aussi par l'ampleur des conséquences qui auraient pu se produire pour un grand nombre de particuliers.

La Cour avait néanmoins appliqué sa nouvelle jurisprudence en jugeant que l'Etat belge avait violé la Convention à l'égard des requérants. Dans le même ordre d'idée, la Cour, dans son arrêt *Aoulmi c. France* du 17 janvier 2006 (n° 50278/99, CEDH 2006-I), a conclu à la violation de l'article 34 de la Convention, écartant l'argument du gouvernement défendeur qui faisait valoir que l'expulsion du requérant avait eu lieu avant que la Cour n'adopte, dans l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov* du 4 février 2005 (précité), sa nouvelle jurisprudence quant à la force obligatoire des mesures adoptées au titre de l'article 39 de son règlement. La Cour a estimé en effet que les obligations découlant de l'article 34 de la Convention s'imposaient déjà aux Etats contractants à l'époque de l'expulsion litigieuse (*Aoulmi*, précité, § 111). Certes, mais entre-temps le « contenu » de l'obligation avait changé du fait de la nouvelle interprétation donnée par la Cour de l'article 39 de son règlement.

7. Lorsqu'elle opère un revirement de jurisprudence, en effet, la Cour change le contenu de la Convention tel qu'énoncé précédemment par elle-même avec l'autorité que lui confère l'article 32 de la Convention. Si la nouvelle jurisprudence élargit le champ d'application d'une disposition conventionnelle et impose ainsi une obligation nouvelle aux Etats, une rétroactivité automatique et non encadrée par la Cour me paraît difficilement compatible avec l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique, pilier crucial du système de la Convention. De plus, l'application au niveau interne et par les juges nationaux de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, devient difficile sinon impossible. La prise en compte de la période antérieure au revirement me paraît par conséquent nécessaire.

8. A la lumière de ce qui précède, j'aurais préféré que la Cour dise à partir de quand le droit dont il s'agit est « devenu » (paragraphe 154 de l'arrêt) l'un

des éléments essentiels du droit énoncé à l'article 11. Il me paraît quant à moi légitime de douter que cela fût déjà le cas en 1995, quand la Cour de cassation turque a tranché l'affaire au niveau interne. Je trouve par ailleurs regrettable que la Cour laisse encore une fois la rétroactivité « naturelle » de l'interprétation judiciaire sanctionner une conduite qui, à l'époque, ne contrevient (probablement) pas à la Convention.

J'ai tout de même voté en faveur du constat d'une violation à raison de l'annulation de la convention collective litigieuse (point 3 du dispositif), car je partage l'interprétation de l'article 11 de la Convention adoptée par la Cour. Je dois par ailleurs tenir compte de la pratique de la Cour concernant l'effet rétroactif de ses revirements jurisprudentiels, pratique qui, à mon sens, mérite elle aussi de faire l'objet d'un revirement.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SPIELMANN
À LAQUELLE SE RALLIENT LES JUGES BRATZA,
CASADEVALL ET VILLIGER

(Traduction)

1. J'ai voté sans hésitation en faveur du constat d'une violation de l'article 11 de la Convention à raison de la non-reconnaissance, aux requérants, fonctionnaires municipaux, du droit de fonder des syndicats.
2. Dans les lignes qui suivent, je voudrais expliquer pourquoi j'ai aussi voté avec la majorité en faveur du constat d'une violation de l'article 11 de la Convention à raison de l'annulation rétroactive de la convention collective conclue par le syndicat Tüm Bel Sen à l'issue de négociations collectives avec l'administration.
3. Le paragraphe 154 de l'arrêt est ainsi libellé:

« (...) la Cour estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs. Comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, mis à part des cas très particuliers, doivent en bénéficier, sans préjudice toutefois des effets des « restrictions légitimes » pouvant devoir être imposées aux « membres de l'administration de l'Etat » au sens de l'article 11 § 2, dont cependant les requérants en l'espèce ne font pas partie. »
4. L'accent est ainsi placé sur le « droit de mener des négociations collectives avec l'employeur ».
5. Il serait erroné d'en déduire que, dans le domaine de la « fonction publique », la « négociation » n'a qu'une traduction possible : la « convention collective ». En effet, il ne faut pas oublier que la situation statutaire du fonctionnaire est, dans beaucoup de systèmes juridiques, une situation objective, de source législative et/ou réglementaire, à laquelle l'on ne saurait déroger par des accords individuels. Introduire par le truchement de l'article 11 de la Convention une dimension contractuelle non limitée bouleverserait le droit de la fonction publique dans de nombreux Etats. Le statut de la fonction publique reste fondé sur l'unification, la structuration et l'efficacité de celle-ci.
6. Commentant la Convention n° 151 de l'OIT sur les relations de travail dans la fonction publique et la Recommandation n° 159 sur les relations

de travail dans la fonction publique (1978), Nicolas Valticos s'est exprimé comme suit :

«335. Une question difficile en matière de droits syndicaux comme, plus généralement, de détermination des conditions d'emploi est celle des fonctionnaires publics, du fait qu'ils sont au service de l'Etat et des intérêts généraux de la nation, que l'Etat n'est pas un employeur comme les autres et que, dépositaire de l'intérêt commun, il n'est pas disposé, comme employeur, à renoncer, du moins dans tous les cas, à ses attributs de puissance publique. Cette conception des relations entre l'Etat et ses fonctionnaires varie cependant sensiblement selon les pays, certains tendant de nos jours à assimiler dans une large mesure les fonctionnaires et autres agents publics – ou la plupart d'entre eux – aux travailleurs du secteur privé, par exemple pour ce qui est de la négociation collective et même du droit de grève. Dans d'autres pays cependant, les notions traditionnelles sont toujours reconnues. Un autre problème tient à la définition plus ou moins étendue des fonctionnaires selon les pays, soit que le secteur public soit plus ou moins étendu, soit que l'on distingue ou non – et dans une mesure d'ailleurs variable – les agents de la fonction publique à proprement parler (et en distinguant même parmi eux) et les travailleurs du secteur public dans un sens plus large (...)

(...)

337. La recommandation (n° 159) qui complète la convention (...) laisse à la législation nationale ou à d'autres moyens appropriés le soin de déterminer diverses modalités (participation des agents publics, procédure à suivre) des négociations ou des autres méthodes pour la détermination des conditions d'emploi (...).» (Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, Droit du travail publié sous la direction de G.H. Camerlynck, volume 8, 2e éd., Dalloz, 1983, pp. 264-266).

7. Ceci dit, l'on ne saurait plus contester aujourd'hui – et l'arrêt le traduit bien – la liberté d'association dans la fonction publique. De même, les associations syndicales sont devenues des partenaires permanents de discussion sur les conditions de travail des agents de l'Etat et des collectivités publiques. Ces associations doivent être des interlocuteurs incontournables pour l'Etat-patron, ou plus généralement pour les collectivités publiques.

8. Même si le droit à la négociation collective ne saurait plus être contesté en tant que tel (paragraphes 42-44 et 49-52 de l'arrêt), il n'en reste pas moins que des exceptions ou des limites doivent rester concevables dans le domaine de la fonction publique, pourvu que le rôle des représentants du personnel dans le processus d'élaboration des conditions d'emploi demeure garanti. Par exemple, et comme le dit la Cour au paragraphe 149 de l'arrêt :

«[s]elon le sens donné par le CEDS à l'article 6 § 2 de la Charte, qui s'applique en fait pleinement aux agents de la fonction publique, les Etats qui limitent le rôle des négociations collectives dans le secteur public doivent, afin de se conformer à cette disposition, garantir aux représentants du personnel un certain rôle dans le processus d'élaboration des conditions d'emploi.»

De même, aux termes de l'article 7 de la convention n° 151 de l'OIT, rappelé au paragraphe 44 de l'arrêt :

« [d]es mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures permettant la négociation des conditions d'emploi entre les autorités publiques intéressées et les organisations d'agents publics, ou de toute autre méthode permettant aux représentants des agents publics de participer à la détermination desdites conditions. »

Cette disposition autorise donc une certaine souplesse dans le choix des procédures de détermination des conditions d'emploi qui font appel à la participation des fonctionnaires (voir aussi J. Llobera, « La fonction publique et la liberté syndicale dans les normes internationales du travail », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, p. 336, pour qui cette souplesse n'impliquerait même pas le recours à la négociation collective).

9. En un mot, la question se résume à celle de savoir ce qu'on entend par « négociation collective ». Permettre aux agents publics de faire entendre leur voix implique certainement le droit au dialogue social avec l'employeur, mais pas nécessairement le droit de conclure des conventions collectives avec une obligation corrélative des Etats de permettre la conclusion de telles conventions. Les Etats doivent donc conserver une certaine liberté de choix dans ce domaine.

10. En l'espèce, toutefois, le droit de négociation collective en question a été vidé de toute substance par les embûches semées sur le chemin de ce dialogue social. L'annulation rétroactive de la convention collective conclue à l'issue de négociations collectives avec l'administration a par conséquent emporté violation de l'article 11 de la Convention.

DEMİR AND BAYKARA v. TURKEY
(Application no. 34503/97)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 12 NOVEMBER 2008¹

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following referral of the case in accordance with Article 43 of the Convention.

SUMMARY¹**Municipal civil servants prohibited from forming a trade union and annulment *ex tunc* of a collective agreement****Article 11**

Right to form and to join trade unions – Municipal civil servants prohibited from forming a trade union and annulment ex tunc of a collective agreement – Members of the administration of the State – Applicability – Substance of the right of association – Right to collective bargaining inherent in Article 11 – Interference – Positive obligations – Prevention of disorder – Necessary in a democratic society – Right recognised by international instruments – Existence of European practice – State’s commitment to recognise right in question – Restrictive interpretation by Court of Cassation – Inactivity of legislature

*

* *

The applicants were the President of the trade union Tüm Bel Sen and one of its members. The trade union was founded in 1990 by civil servants from various municipalities with the aim, under its constitution, of promoting democratic trade unionism and thereby assisting its members in their aspirations and claims. In 1993 the union entered into a collective agreement with a municipal council concerning all aspects of the working conditions of the council’s employees, such as salaries, allowances and welfare services. Finding that the council had failed to fulfil its financial and other obligations under the agreement, the union brought proceedings against it before the Turkish civil courts. The District Court found in favour of the trade union. It took the view, in particular, that despite the lack of express statutory provisions recognising a right for trade unions formed by civil servants to enter into collective agreements, this lacuna had to be filled by reference to international treaties such as the conventions of the International Labour Organisation (ILO) which had already been ratified by Turkey and which, by virtue of the Turkish Constitution, were directly applicable in domestic law. However, in December 1995, the Court of Cassation found that in the absence of specific legislation, the freedom to join a trade union and to bargain collectively could not be exercised. It indicated that the legislation in force at the time when the trade union had been founded did not permit civil servants to form trade unions. It concluded that Tüm Bel Sen had not acquired legal personality at the time of its formation and, as a

1. This summary by the Registry does not bind the Court.

result, did not have the capacity to take or defend court proceedings. Following an audit of the municipal council's accounts by the Audit Court, the members of the trade union Tüm Bel Sen had to reimburse the additional income they had received as a result of the defunct collective agreement.

Held

Article 11: *As to the right of the applicants, as municipal civil servants, to form trade unions:* The restrictions that could be imposed on the three groups mentioned in Article 11 – members of the State's armed forces, police or administration – were to be construed strictly and therefore had to be confined to the "exercise" of the rights in question. Such restrictions could not impair the very essence of the right to organise. It was also incumbent on the State concerned to show the legitimacy of any restrictions to such persons' right to organise. Moreover, municipal civil servants, who were not engaged in the administration of the State as such, could not in principle be treated as "members of the administration of the State" and, accordingly, be subjected on that basis to a limitation of their right to organise and to form trade unions.

Those considerations found support in the majority of the relevant international instruments and in the practice of European States. Consequently, "members of the administration of the State" could not be excluded from the scope of Article 11. At most, the national authorities were entitled to impose "lawful restrictions" on those members, in accordance with Article 11 § 2. In the present case, however, the Turkish Government had failed to show how the nature of the duties performed by the applicants required them to be regarded as "members of the administration of the State" subject to such restrictions. Accordingly, the applicants could legitimately rely on Article 11.

Given the mixture of action and inaction on the part of the authorities, the present case could be analysed in terms both of an interference by the respondent State with the applicants' rights under Article 11, and of a failure by the State in its positive obligation to secure the enjoyment of such rights. The Court chose to analyse this part of the case from the standpoint of whether there was an interference with the applicants' rights but also, in so doing, to have regard to the State's positive obligations.

In the present case, it had not been shown that the absolute prohibition on forming trade unions imposed on civil servants by Turkish law, as it applied at the material time, had met a pressing social need. At the time, the right of civil servants to form and join trade unions was already recognised by instruments of international law, both universal and regional. Their right to freedom of association was also generally recognised in all member States of the Council of Europe. ILO Convention No. 87, the fundamental text securing, internationally, the right of public officials to form trade unions, was already, by virtue of the Turkish Constitution, directly applicable in domestic law, and the State had confirmed by its subsequent practice (amendment to the Constitution and court decisions) its willingness to recognise

the right to organise of civil servants. In 2000, moreover, Turkey had signed two United Nations instruments recognising this right. In spite of these developments in international law, the Turkish authorities had been unable to secure to the applicants the right to form a trade union, for two main reasons. The Turkish legislature, after the ratification in 1993 of ILO Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise by Turkey, had waited until 2001 before enacting the law governing the practical application of this right, and during this transitional period the Court of Cassation had refused to follow the solution proposed by the District Court, guided as it was by developments in international law, and had given a restrictive and formalistic interpretation of the domestic legislation concerning the forming of legal entities.

Thus, the combined effect of the restrictive interpretation by the Court of Cassation and the legislature's inactivity between 1993 and 2001 had prevented the Turkish Government from fulfilling its obligation to secure to the applicants the enjoyment of their trade-union rights and was not necessary in a democratic society.

Conclusion: violation (unanimously).

As to the annulment of the collective agreement which had existed and had been applied for two years: The evolution of case-law as to the substance of the right of association enshrined in Article 11 was marked by two guiding principles: firstly, the Court took into consideration the totality of the measures taken by the State concerned in order to secure trade-union freedom, subject to its margin of appreciation; secondly, the Court did not accept restrictions that affected the essential elements of trade-union freedom, without which that freedom would become devoid of substance. These two principles were not contradictory but were correlated. This correlation implied that the Contracting State in question, while in principle being free to decide what measures it wished to take in order to ensure compliance with Article 11, was under an obligation to take account of the elements regarded as essential by the Court's case-law.

From the Court's case-law as it stood, the following essential elements of the right of association could be established: the right to form and to join a trade union, the prohibition of closed-shop agreements, and the right for a trade union to seek to persuade the employer to hear what it has to say on behalf of its members. This list was not finite. On the contrary, it was subject to evolution depending on particular developments in labour relations. Thus, limitations to rights had to be construed restrictively, in a manner which gave practical and effective protection to human rights.

As regards the right to bargain collectively, the Court reconsidered its case-law and found that, having regard to the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters, the right to bargain collectively with the employer had, in principle, become one of the essential elements of the "right to form and to join trade unions for the protection of [one's] interests" under Article 11 of the Convention, it being understood that

States remained free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions. Like other workers, civil servants, except in very specific cases, should enjoy such rights, but without prejudice to the effects of any “lawful restrictions” that might have to be imposed on “members of the administration of the State” – a category to which the applicants did not, however, belong.

The trade union *Tüm Bel Sen*, already at the material time, enjoyed the right to engage in collective bargaining with the employing authority. This right constituted one of the inherent elements in the right to engage in trade-union activities, as secured to that union by Article 11 of the Convention. The collective bargaining and the resulting collective agreement, which for a period of two years had governed all employer-employee relations within the municipal council, except for certain financial provisions, constituted, for the trade union concerned, an essential means to promote and secure the interests of its members. The absence of the legislation necessary to give effect to the provisions of the international labour conventions already ratified by Turkey, and the Court of Cassation judgment of December 1995 based on that absence, with the resulting *de facto* annulment *ex tunc* of the collective agreement in question, had constituted interference with the applicants’ trade-union freedom. Moreover, at the material time a number of elements showed that the refusal to accept that the applicants, as municipal civil servants, enjoyed the right to bargain collectively and thus to persuade the authority to enter into a collective agreement, did not correspond to a “pressing social need”. The right for civil servants to be able, in principle, to bargain collectively was recognised by international law instruments, both universal and regional, and in the majority of member States of the Council of Europe; and Turkey had ratified ILO Convention No. 98 concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively, the principal instrument protecting, internationally, the right for workers to bargain collectively and enter into collective agreements, it being applicable to the applicants’ trade union.

The Court held that the annulment *ex tunc* of the collective agreement had not been “necessary in a democratic society”.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: The Court awarded a sum for non-pecuniary damage to the first applicant, to be paid to the trade union, and a sum for all heads of damage combined to the second applicant.

Case-law cited by the Court

Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, Series A no. 18

National Union of Belgian Police v. Belgium, 27 October 1975, Series A no. 19

Swedish Engine Drivers’ Union v. Sweden, 6 February 1976, Series A no. 20

Schmidt and Dahlström v. Sweden, 6 February 1976, Series A no. 21

Marckx v. Belgium, 13 June 1979, Series A no. 31

- Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, Series A no. 102
Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, Series A no. 112
Council of Civil Service Unions and Others v. the United Kingdom, no. 11603/85,
 Commission decision of 20 January 1987, Decisions and Reports 50
Soering v. the United Kingdom, 7 July 1989, Series A no. 161
Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland, 30 June 1993, Series A no. 264
Gustafsson v. Sweden, 25 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II
Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, *Reports* 1998-IV
Aerts v. Belgium, 30 July 1998, *Reports* 1998-V
Selmouni v. France [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V
Witold Litwa v. Poland, no. 26629/95, ECHR 2000-III
McElhinney v. Ireland [GC], no. 31253/96, ECHR 2001-XI
Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI
Fogarty v. the United Kingdom [GC], no. 37112/97, ECHR 2001-XI
Yazar and Others v. Turkey, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, ECHR
 2002-II
Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom,
 nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, ECHR 2002-V
Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI
Kalashnikov v. Russia, no. 47095/99, ECHR 2002-VI
Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98,
 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II
Nazarenko v. Ukraine, no. 39483/98, 29 April 2003
Hatton and Others v. the United Kingdom [GC], no. 36022/97, ECHR 2003-VIII
Taşkın v. Turkey, no. 49517/99, 4 December 2003
Glass v. the United Kingdom, no. 61827/00, ECHR 2004-II
Pini and Others v. Romania, nos. 78028/01 and 78030/01, ECHR 2004-V
Vo v. France [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII
Slimani v. France, no. 57671/00, ECHR 2004-IX
Öneryıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, ECHR 2004-XII
Mamatkoulov and Askarov v. Turkey [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR
 2005-I
Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland [GC],
 no. 45036/98, ECHR 2005-VI
Siliadin v. France, no. 73316/01, ECHR 2005-VII
Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01,
 ECHR 2005-X
Bekos and Koutropoulos v. Greece, no. 15250/02, ECHR 2005-XIII
Sørensen and Rasmussen v. Denmark [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, ECHR
 2006-I
Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, no. 28602/95, ECHR 2006-II
Kadiķis v. Latvia (no. 2), no. 62393/00, 4 May 2006

Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia, nos. 55066/00 and 55638/00, 11 January 2007

Çiloğlu and Others v. Turkey, no. 73333/01, 6 March 2007

Ivanova v. Bulgaria, no. 52435/99, 12 April 2007

Vilho Eskelinen and Others v. Finland [GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II

Parti nationaliste basque – Organisation régionale d’Iparralde v. France, no. 71251/01, ECHR 2007-II

Cobzaru v. Romania, no. 48254/99, 26 July 2007

D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

Emonet and Others v. Switzerland, no. 39051/03, 13 December 2007

Saadi v. the United Kingdom [GC], no. 13229/03, ECHR 2008

In the case of Demir and Baykara v. Turkey,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Christos Rozakis, *President*,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Giovanni Bonello,

Rıza Türmen,

Kristaq Traja,

Boštjan M. Zupančič,

Vladimiro Zagrebelsky,

Stanislav Pavlovski,

Lech Garlicki,

Alvina Gyulumyan,

Ljiljana Mijović,

Dean Spielmann,

Ján Šikuta,

Mark Villiger,

Päivi Hirvelä, *judges*,

and Michael O'Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 16 January and 15 October 2008,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 34503/97) against the Republic of Turkey lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Turkish nationals, Mr Kemal Demir and Mrs Vicdan Baykara (“the applicants”), the latter in her capacity as President of the trade union Tüm Bel Sen, on 8 October 1996.

2. The applicants were represented by Mrs S. Karaduman, a lawyer practising in Ankara. The Turkish Government (“the Government”) were represented by their Co-Agent, Mrs D. Akçay.

3. The applicants complained that, in breach of Article 11 of the Convention, by itself or in conjunction with Article 14, the domestic courts

had denied them, firstly, the right to form trade unions and, secondly, the right to engage in collective bargaining and enter into collective agreements.

4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

5. The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

6. By a decision of 23 September 2004, the Chamber declared the application partly admissible and partly inadmissible.

7. On 1 November 2004 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1). This case was assigned to the newly composed Second Section (Rule 52 § 1).

8. On 21 November 2006 the Chamber, composed of Jean-Paul Costa, President, Ireneu Cabral Barreto, Rıza Türmen, Mindia Ugrekhelidze, Antonella Mularoni, Elisabet Fura-Sandström, Dragoljub Popović, judges, and Sally Dollé, Section Registrar, delivered its judgment. It held, unanimously, that there had been a violation of Article 11 of the Convention in so far as the domestic courts had refused to recognise the legal personality of the trade union Tüm Bel Sen and had considered null and void the collective agreement between that trade union and Gaziantep Municipal Council, and that there was no need for a separate examination of the complaints under Article 14 of the Convention. The concurring opinion of Judges Türmen, Fura-Sandström and Popović was annexed to that judgment.

9. On 21 February 2007 the Government requested the referral of the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73.

10. A panel of the Grand Chamber granted that request on 23 May 2007.

11. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

12. The applicants and the Government each filed a memorial.

13. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 January 2008 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mrs D. Akçay,
Mrs E. DemİR,
Mrs Z.G. Acar,
Mrs İ. Altıntaş,
Mrs E. Esin,
Mrs Ö. Gazialem,
Mr K. Afşin,
Mr L. Savran,

Co-Agent,

Advisers;

(b) *for the applicants*

Mrs V. Baykara, applicant and President of the
trade union Tüm Bel Sen,
Mrs S. Karaduman, of the Ankara Bar.

The Court heard addresses by Mrs S. Karaduman, Mrs V. Baykara and Mrs D. Akçay.

THE FACTS

14. The applicants, Mr Kemal Demir and Mrs Vicdan Baykara, were born in 1951 and 1958 and live in Gaziantep and Istanbul respectively. The first applicant was a member of the trade union Tüm Bel Sen and the second applicant was its President.

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

15. The trade union Tüm Bel Sen was founded in 1990 by civil servants from various municipalities whose employment was governed by the Public Service Act (Law no. 657). Under Article 2 of its constitution, the trade union's objective is to promote democratic trade unionism and thereby assist its members in their aspirations and claims. Its head office is located in Istanbul.

16. On 27 February 1993 Tüm Bel Sen entered into a collective agreement with the Gaziantep Municipal Council for a period of two years, effective from 1 January 1993. The agreement concerned all aspects of the working conditions of the Gaziantep Municipal Council's employees, such as salaries, allowances and welfare services.

17. As the Gaziantep Municipal Council had failed to fulfil certain of its obligations under the agreement, in particular its financial obligations, the second applicant, as President of the trade union, brought civil proceedings against it in the Gaziantep District Court (“the District Court”) on 18 June 1993.

18. In a judgment of 22 June 1994, the District Court found in favour of Tüm Bel Sen. The Gaziantep Municipal Council appealed on points of law.

19. On 13 December 1994 the Court of Cassation (Fourth Civil Division) quashed the District Court’s judgment. It found that, even though there was no legal bar preventing civil servants from forming a trade union, any union so formed had no authority to enter into collective agreements as the law stood.

20. In arriving at this conclusion, the Court of Cassation took into account the special relationship between civil servants and the public administration as regards recruitment, the nature and scope of the work concerned, and the privileges and guarantees afforded to officials by virtue of their status. It considered that this relationship was different from that which existed between employers and ordinary contractual staff (that is to say, employees in the private sector together with manual workers employed by a public administration). As a result, Law no. 2322, governing collective agreements and the right to take strike or lock-out action, could not apply to relations between civil servants and a public administration. Any agreement of a “collective” nature between civil servants’ unions and a public administration had to be grounded in specific legislation.

21. In a judgment of 28 March 1995, the Gaziantep District Court stood by its original judgment on the ground that, despite the lack of express statutory provisions recognising a right for trade unions formed by civil servants to enter into collective agreements, this lacuna had to be filled by reference to international treaties such as the conventions of the International Labour Organisation (ILO) which had already been ratified by Turkey and which, by virtue of the Turkish Constitution, were directly applicable in domestic law.

22. Among other things, the District Court indicated, firstly, that the trade union Tüm Bel Sen was a legally established entity which had filed its constitution with the provincial governor’s office a long time ago and which, since then, had carried on its activities without the slightest intervention by the competent authorities. The court added that, on this matter, there was no discrepancy between its judgment and that of the Fourth Civil Division of the Court of Cassation.

23. As regards the right of civil servants to enter into collective agreements, the court considered that, even if there was an omission in Turkish law on this point, the court to which a dispute was referred had an obligation, under Article 1 of the Civil Code, to make good the omission itself and to adjudicate the case. In the court's view, the same obligation also arose from Article 36 of the Turkish Constitution, under which everyone was afforded the right of access to a court. In this context the relevant provisions of the ILO conventions ratified by Turkey had to be applied in the case, even though the specific national laws had not yet been enacted by the legislature. Directly applying the relevant provisions of these international instruments ratified by Turkey, the court considered that the applicant trade union did have the right to enter into collective agreements.

24. As to the question whether the validity of the collective agreement in question was affected by the fact that it had not been provided for by any legislation at the time it was entered into, the court considered that, since it concerned employer-employee relations, the agreement was of a private-law nature. In the context of the limits imposed by Articles 19 and 20 of the Code of Obligations, namely compliance with statutory provisions, customary law, morals and public order, the parties had been freely entitled to determine the content of this collective agreement. An examination of the text of the collective agreement in question did not reveal any contradiction with those requirements. Consequently, the court found that the collective agreement between the applicant trade union and the Gaziantep Municipal Council had been a valid legal instrument with binding effect for the parties.

25. The court awarded Mr Kemal Demir a sum equivalent to the increases in pay and allowances provided for by the collective agreement in question.

26. In a judgment of 6 December 1995, the Court of Cassation (combined civil divisions) quashed the District Court's judgment of 28 March 1995. It found that certain rights and freedoms mentioned in the Turkish Constitution were directly applicable to litigants, whereas others were not. In fact, the Constitution, by the indication "the exercise of this right shall be governed by legislation" clearly earmarked the rights and freedoms which, to be used and applied, required the enactment of specific legislation. Absent such legislation, these rights and freedoms, which included the freedom to join a trade union and to bargain collectively, could not be exercised.

27. The Court of Cassation further considered that the principle of the individual's free will was not absolute in respect of the establishment of legal entities. They could acquire legal personality, distinct from their constituent persons, only by complying with the formal conditions and procedures laid

down by law for that purpose. The creation of a legal entity was no more than a legal consequence conferred by the law on an expression of free will by the founders.

28. The Court of Cassation pointed out that the freedom to form associations, trade unions and political parties, even if provided for in the Turkish Constitution, could not be exercised simply by a declaration of the free will of individuals. As there was no specific law on the subject, the existence of such a legal entity could not be recognised. According to the Court of Cassation, this finding was not at odds with the principles of “the rule of law” and “democracy” mentioned in the Constitution, since supervision of legal entities by the State, in order to ensure public usefulness, was necessary in any democratic legal system.

29. The Court of Cassation further pointed out that the legislation in force at the time when the trade union was founded did not permit civil servants to form trade unions. It added that the amendments subsequently made to the Turkish Constitution, recognising the right of civil servants to form trade unions and bargain collectively, were not such as to invalidate the finding that Tüm Bel Sen had not acquired legal personality and, as a result, did not have the capacity to take or defend court proceedings.

30. An application by representatives of the trade union for rectification of that decision was rejected by the Court of Cassation on 10 April 1996.

31. Following an audit of the Gaziantep Municipal Council’s accounts by the Audit Court, the members of the trade union Tüm Bel Sen had to reimburse the additional income they had received as a result of the defunct collective agreement. The Audit Court, in a number of decisions that it gave as the court of last resort in respect of the collective agreements entered into by the trade union, pointed out that the rules applicable to civil servants, including the salaries and allowances to which they were entitled, were laid down by law. It further considered that, since the amendment on 23 July 1995 of Article 53 of the Turkish Constitution and the enactment on 25 June 2001 of Law no. 4688 on civil servants’ trade unions, such unions were admittedly entitled to engage in collective bargaining under certain conditions of representation, but were not entitled to enter into valid collective agreements directly with the authorities concerned, unlike trade unions of ordinary contractual employees who could enter into such agreements with their employers. If an agreement was entered into between the employing authority and the trade union concerned, it could only become binding following its approval by the Council of Ministers. The Audit Court, after finding that the collective agreement entered into by the applicant trade union had not fulfilled these conditions, decided that the

accountants who had authorised higher payments than those provided for by law should reimburse the surplus amounts to the State's budget.

32. The Audit Court refused to apply section 4 of Law no. 4688, which required the discontinuance of any administrative, financial or judicial proceedings brought against accountants who were responsible for such payments. It considered that this provision did not render the collective agreements valid and did not release the accountants in question from the obligation to reimburse the State for any losses sustained by it as a result of payments made in accordance with those agreements.

33. The accountants concerned in turn brought proceedings against the civil servants who were members of the trade unions and had benefited from the additional payments granted under the defunct collective agreements.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

A. Domestic law

34. The relevant provisions of the Turkish Constitution read as follows:

Article 51

(at the material time)

“Ordinary contractual employees (*işçi*) and employers shall have the right to form trade unions and federations of unions, without prior permission, in order to safeguard and develop their economic and social rights and interests in the context of their labour relations.

In order to form a union or a federation of unions, it shall suffice to submit the information and documents prescribed by law to the competent authority designated by law. If it finds that this information and documentation are not in conformity with the law, the competent authority shall apply to the appropriate court for the suspension of activities or the dissolution of the union or federation of unions.

Everyone shall be entitled to join or resign from a trade union.

No one shall be compelled to become a member, remain a member, or resign from a trade union.

Ordinary contractual employees and employers shall not be entitled to join more than one trade union at a time.

Employment in a particular workplace shall not be made conditional on membership or lack of membership of a trade union of ordinary contractual employees.

In order to hold an executive post in a trade union or federation of trade unions of ordinary contractual employees, it is necessary to have effectively been employed as such an employee for at least ten years.

The constitution, administration, and functioning of trade unions and federations of trade unions shall not be inconsistent with the characteristics of the Republic or with democratic principles as defined in the Constitution.”

Article 51

(as amended by Law no. 4709 of 3 October 2001)

“Employees and employers shall have the right to form trade unions and federations of unions, without prior permission, in order to safeguard and develop the economic and social rights and interests of their members in the context of their labour relations, and to join or withdraw from such entities of their own free will. No one shall be compelled to join or resign from a trade union.

The right to form a union may only be limited as prescribed by law in the interests of national security or public order, for the prevention of crime, for the protection of public health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others.

The formalities, conditions and procedures applicable to the right to form a trade union shall be prescribed by law.

Membership of more than one trade union within the same sector of activity shall be prohibited.

The scope of the rights in this sphere of public officials other than those who have the status of ordinary contractual employee, and the exceptions and limitations applicable to them, shall be prescribed by law in a manner appropriate to the nature of the services they provide.

The constitution, administration and functioning of trade unions and federations of unions shall not be inconsistent with the fundamental characteristics of the Republic or with democratic principles.”

Article 53

(at the material time)

“Ordinary contractual employees and employers shall be entitled ... to enter into collective agreements in order to regulate their economic and social position and conditions of work.

Collective agreements shall be entered into in accordance with the statutory procedure.

It shall be prohibited to enter into or apply more than one collective agreement in a single workplace at any given time.”

Article 53

(as amended by Law no. 4121 of 23 July 1995)

“Ordinary contractual employees and employers shall be entitled ... to enter into collective agreements in order to regulate their economic and social position and conditions of work.

Collective agreements shall be entered into in accordance with the statutory procedure.

The trade unions and federations of unions which the public officials referred to in the first paragraph of Article 128 shall be entitled to form, and which do not fall within the scope of the first and second paragraphs of the present Article, nor that of Article 54, shall be entitled to take or defend court proceedings and to bargain collectively with the public administration in accordance with their objectives and on behalf of their members. If an agreement is reached as a result of collective bargaining, the text of the agreement shall be signed by the parties. This text shall be submitted to the Council of Ministers so that legal or administrative arrangements can be made for its implementation. If no such agreement is reached through collective bargaining, a record of the points of agreement and disagreement shall be drawn up and signed by the relevant parties and submitted for consideration by the Council of Ministers. The procedure for the implementation of this paragraph shall be laid down by law.

It shall be prohibited to enter into or apply more than one collective agreement in a single workplace at any given time.”

Article 90

“... International treaties that are duly in force are directly applicable in domestic law. Their constitutionality cannot be challenged in the Constitutional Court.

In the event of conflict as to the scope of fundamental rights and freedoms between an international agreement duly in force and a domestic statute, the provisions of the international agreement shall prevail.” (Second sub-paragraph added by Law no. 5170 of 7 May 2004)

Article 128

“The essential and permanent duties necessitated by the public services that the State, public economic undertakings and other public-law entities are required to provide, in accordance with general principles of public administration, shall be performed by civil servants and other public officials.

The qualifications, appointment, duties and powers, rights and responsibilities, and salaries and allowances of civil servants and other public officials, and other matters related to their status, shall be provided for by law.

The procedure and principles governing the training of senior civil servants shall be specially provided for by law.”

35. Section 22 of the Public Service Act (Law no. 657 of 14 July 1965) stated that civil servants were authorised to form and join trade unions and professional organisations, in accordance with the conditions set out in special legislation. The second subsection of that provision stated that the said professional organisations were authorised to defend the interests of their members before the competent authorities.

Section 22 was repealed by Article 5 of Legislative Decree no. 2 of 23 December 1972. It was reinstated by section 1 of Law no. 4275 of 12 June 1997. The text now reads:

“In accordance with the provisions of the Constitution and of the special legislation, civil servants shall be permitted to form and to become members of trade unions and federations of trade unions.”

36. The Civil Servants’ Trade Union Act (Law no. 4688 – which was enacted on 25 June 2001 and entered into force on 12 July 2001) applies, according to section 2, to public officials, other than those who have the status of ordinary contractual employees (*ıŷŷŷ*), working for government agencies and other public-law entities providing a public service, organisations operating on a general, supplementary or special budget, public administrations and municipal authorities in provinces and services attached thereto, publicly owned enterprises, banks and other private-law undertakings and establishments attached thereto, and for all other public organisations and establishments.

Section 30 of the Act provides as follows:

“The trade union with the greatest number of members in each branch of public administration and the federations to which those unions are affiliated shall have the capacity to bargain collectively. The delegate from the most representative trade union shall chair the delegation taking part in the negotiations.”

The determination of which civil servants’ trade unions and federations are competent to bargain collectively is made by the Minister for Labour and Social Security on the basis of lists that are co-signed and presented by the public administrations and the trade unions (section 30 of Law no. 4688).

During the collective bargaining, the employer is represented by the Public Employers’ Committee. Civil servants and other public officials are represented by the trade union that is recognised as competent and the federation to which it is affiliated.

The Public Employers’ Committee and the trade unions and federations concerned are required to meet on 15 August every year. The parties then submit their proposals, which will form the starting-point and agenda of the collective bargaining. The principles governing the negotiations are determined by the parties (section 32 of Law no. 4688).

The collective negotiations must be concluded within fifteen days. If agreement is reached within that time, the parties concerned sign a collective agreement which is sent to the Council of Ministers to enable the legal and administrative steps required for its implementation to be taken. The Council of Ministers takes the appropriate measures within a period of three months and presents its draft law to the Grand National Assembly of Turkey (section 34 of Law no. 4688).

If the parties concerned are unable to reach an agreement within the time-limit thus fixed, each one may refer the matter to the Arbitral Board, which is made up of academics who are not members of political parties. If the parties approve the decision of the Arbitral Board, an agreement is signed and sent to the Council of Ministers. If there is still no agreement, the parties sign a record indicating the points on which they have agreed and disagreed. This record is also sent to the Council of Ministers (section 35 of Law no. 4688).

B. International law

1. Universal instruments

(a) Right to organise and civil servants

37. Article 2 of ILO Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise (adopted in 1948 and ratified by Turkey on 12 July 1993) provides as follows:

“Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.”

38. In its Individual Observation to the Turkish government concerning ILO Convention No. 87, adopted in 2005, the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations stated as follows:

“The Committee underlines that Article 2 of the Convention [No. 87] provides that workers without distinction whatsoever should have the right to form and join organisations of their own choosing and that the only admissible exception under the Convention concerns the armed forces and the police. ...”¹

39. The ILO Committee on Freedom of Association declared as follows concerning municipal civil servants (see *Digest of Decisions 1996*, paragraph 217):

“Local public service employees should be able effectively to establish organisations of their own choosing, and these organisations should enjoy the full right to further and defend the interests of the workers whom they represent.”²

40. Article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides as follows:

“1. Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.

1. [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(2005\)1A.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(2005)1A.pdf)

2. http://training.itcilo.it/ils/foa/library/digestdecisions_en/23076.htm

2. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (*ordre public*), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on members of the armed forces and of the police in their exercise of this right.

...”

41. Article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights provides as follows:

“1. The States Parties to the present Covenant undertake to ensure:

(a) the right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the organisation concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

...

(c) the right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

...

2. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State.

...”

(b) Collective bargaining law and civil servants

42. The relevant Articles of ILO Convention No. 98 concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively (adopted in 1949 and ratified by Turkey on 3 January 1952) read as follows:

Article 4

“Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation between employers or employers’ organisations and workers’ organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements.”

Article 5

“1. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws or regulations.

2. In accordance with the principle set forth in paragraph 8 of Article 19 of the Constitution of the International Labour Organisation the ratification of this Convention by any member shall not be deemed to affect any existing law, award, custom or agreement in virtue of which members of the armed forces or the police enjoy any right guaranteed by this Convention.”

Article 6

“This Convention does not deal with the position of public servants engaged in the administration of the State, nor shall it be construed as prejudicing their rights or status in any way.”

43. The ILO Committee of Experts interpreted this provision as excluding from the scope of Convention No. 98 only those officials who are directly employed in the administration of the State. With that exception, all other persons employed by the government, by public enterprises or by autonomous public institutions should benefit, according to the Committee, from the guarantees provided for in Convention No. 98 in the same manner as other employees, and consequently should be able to engage in collective bargaining in respect of their conditions of employment, including wages (*General Survey 1994, Freedom of Association and Collective Bargaining, on Conventions Nos. 87 and 98* [ILO, 1994a], paragraph 200).

44. The relevant provisions of ILO Convention No. 151 (adopted in 1978 and ratified by Turkey on 12 July 1993) concerning Protection of the Right to Organise and Procedures for Determining Conditions of Employment in the Public Service read as follows:

Article 1

“1. This Convention applies to all persons employed by public authorities, to the extent that more favourable provisions in other international labour conventions are not applicable to them.

2. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to high-level employees whose functions are normally considered as policy-making or managerial, or to employees whose duties are of a highly confidential nature, shall be determined by national laws or regulations.

3. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws or regulations.”

Article 7

“Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for

negotiation of terms and conditions of employment between the public authorities concerned and public employees' organisations, or of such other methods as will allow representatives of public employees to participate in the determination of these matters."

The General Conference of the ILO, in the Preamble to Convention No. 151, noted "the terms of the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948, [and] the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949" and took into account:

"... the particular problems arising as to the scope of, and definitions for the purpose of, any international instrument, owing to the differences in many countries between private and public employment, as well as the difficulties of interpretation which have arisen in respect of the application of relevant provisions of the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949, to public servants, and the observations of the supervisory bodies of the ILO on a number of occasions that some governments have applied these provisions in a manner which excludes large groups of public employees from coverage by that Convention."

2. *European instruments*

(a) **Right to organise and civil servants**

45. Article 5 of the European Social Charter (revised), not yet ratified by Turkey, provides as follows:

Article 5 – The right to organise

"With a view to ensuring or promoting the freedom of workers and employers to form local, national or international organisations for the protection of their economic and social interests and to join those organisations, the Contracting Parties undertake that national law shall not be such as to impair, nor shall it be so applied as to impair, this freedom. The extent to which the guarantees provided for in this Article shall apply to the police shall be determined by national laws or regulations. The principle governing the application to the members of the armed forces of these guarantees and the extent to which they shall apply to persons in this category shall equally be determined by national laws or regulations."

46. Principle 8 of Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the status of public officials in Europe reads as follows:

"Public officials should, in principle, enjoy the same rights as all citizens. However, the exercise of these rights may be regulated by law or through collective agreement in order to make it compatible with their public duties. Their rights, particularly political and trade union rights, should only be lawfully restricted in so far as it is necessary for the proper exercise of their public functions."

47. Article 12 § 1 of the European Union's Charter of Fundamental Rights provides as follows:

“Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association at all levels, in particular in political, trade union and civic matters, which implies the right of everyone to form and to join trade unions for the protection of his or her interests.”

48. As to European practice, it can be observed that the right of public servants to join trade unions is now recognised by all Contracting States. This right applies to public servants under a career or contractual system and to employees of publicly owned industrial or commercial enterprises, whether national or municipal. Civil servants, whether they work for central government or a local authority, are generally entitled to join the trade union of their choosing. The density of trade-union membership is generally higher in the public sector than in the private sector. In the majority of member States, the few restrictions that can be found are limited to judicial offices, to the police and to the fire services, with the most stringent restrictions, culminating in the prohibition of union membership, being reserved for members of the armed forces.

(b) The right to bargain collectively and civil servants

49. Article 6 of the European Social Charter (revised), not yet ratified by Turkey, contains the following provision concerning the right to bargain collectively:

“With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively, the Parties undertake:

1. to promote joint consultation between workers and employers;
 2. to promote, where necessary and appropriate, machinery for voluntary negotiations between employers or employers’ organisations and workers’ organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements;
 3. to promote the establishment and use of appropriate machinery for conciliation and voluntary arbitration for the settlement of labour disputes;
- and recognise:
4. the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into.”

50. According to the meaning attributed by the Charter’s Committee of Independent Experts (now the European Committee of Social Rights) to Article 6 § 2 of the Charter, which in fact fully applies to public officials, States which impose restrictions on collective bargaining in the public sector have an obligation, in order to comply with this provision, to arrange for the involvement of staff representatives in the drafting of the

applicable employment regulations (see, for example, in respect of Germany, Conclusions III, pp. 34-35).

51. Article 28 of the European Union's Charter of Fundamental Rights provides as follows:

Right of collective bargaining and action

“Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action.”

52. As to the practice of European States, it can be observed that, in the vast majority of them, the right for public servants to bargain collectively with the authorities has been recognised, subject to various exceptions so as to exclude certain areas (disciplinary procedures, pensions, medical insurance, wages of senior civil servants) or certain categories of civil servants who hold exclusive powers of the State (members of the armed forces and of the police, judges, diplomats, career civil servants at federal level). The right of public servants working for local authorities and not holding State powers to engage in collective bargaining in order to determine their wages and working conditions has been recognised in the vast majority of Contracting States. The remaining exceptions can be justified by particular circumstances.

THE LAW

I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

53. The Government raised two objections to admissibility before the Grand Chamber: one to the effect that it was impossible to rely against them on international instruments other than the Convention, particularly instruments that Turkey had not ratified; and the other to the effect that Article 11 of the Convention was not applicable to the applicants as they were civil servants and not ordinary contractual employees.

54. As to the first objection, the Government contended that the Court, by means of an interpretation of the Convention, could not create for Contracting States new obligations that were not provided for in the Convention. In particular, considering that the Chamber had attached great importance to the European Social Charter (Articles 5 and 6 of which had not been ratified by Turkey) and to the case-law of its supervisory organ, they requested the Grand Chamber to declare the application inadmissible as being incompatible *ratione materiae* with the Convention, in view of

the impossibility of relying against the Government on international instruments that Turkey had not ratified.

55. As to the second objection, the Government, relying for the most part on the restriction provided for in the last sentence of Article 11 of the Convention in respect of the applicability of this provision to “members ... of the administration of the State”, argued that Turkish civil servants, including municipal civil servants, were covered by a specific and highly detailed set of legal rules under the Public Service Act (Law no. 657), thus being distinguished from other employees. The Government requested the Court to dismiss the application as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of Article 11.

56. The applicants disputed the objections submitted by the Government.

57. The Court observes that the Government’s objection to the Court’s consideration of the European Social Charter cannot be regarded as a preliminary objection. Even supposing that the Government’s objection was well-founded, an application does not become inadmissible solely by the effect of instruments in the light of which a Section of the Court has assessed its merits. In reality, this objection by the Government relates more to the examination of the substantive questions raised by the case and will be dealt with in that context.

58. As to the objection concerning the scope of the Convention *ratione materiae*, the Court first observes that the Government are not estopped from raising it since they submitted before the Chamber, prior to the examination of admissibility, an essentially similar argument. That being said, the Court notes that, even if there had been estoppel, it could not have avoided examining this issue, which goes to its jurisdiction, the extent of which is determined by the Convention itself, in particular by Article 32, and not by the parties’ submissions in a particular case (see, *mutatis mutandis*, *Blečić v. Croatia* [GC], no. 59532/00, §§ 63-69, ECHR 2006-III).

This objection by the Government nevertheless requires the Court to examine the notion of “members ... of the administration of the State”, which appears in the last sentence of Article 11. The Court therefore finds it appropriate to join it to the merits.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 11 OF THE CONVENTION

59. The applicants complained that the domestic courts had denied them the right to form trade unions and to enter into collective agreements. In this connection they relied on Article 11 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.”

A. Interpretation of the Convention in the light of other international instruments

60. The Court decided above to examine at the merits stage the Government’s submission to the effect that, in adjudicating a case, it was impossible to rely against Turkey on international instruments other than the Convention, particularly instruments that Turkey had not ratified. As it relates more to the methodology to be adopted in an examination of the merits of the complaints submitted under Article 11 of the Convention, the Court considers it necessary to dispose of this submission before turning to any other question.

1. The parties’ submissions

(a) The Government

61. The Government argued that the Court was not entitled to create, by way of interpretation, any new obligations not already provided for in the Convention. They contended, among other submissions, that an international treaty to which the party concerned had not acceded, could not be relied on against it. While the Government accepted that the Court had always taken into account, where necessary, “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI), they considered that this approach was only legitimate if it complied with the criteria set out in Article 31 § 3 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (“the Vienna Convention”), and, in particular, if account was taken only of those instruments by which the State concerned was bound.

62. Turkey was not a party to Article 5 (the right to organise) or Article 6 (the right to bargain collectively) of the European Social Charter, which it ratified in 1989. An interpretation that rendered these provisions binding on an indirect basis was even more problematic where, as in the present case, the absence in the Convention of an express provision guaranteeing the right

to enter into collective agreements was counterbalanced by consideration of other instruments to which the State concerned was not a party.

(b) The applicants

63. The applicants criticised the manner in which the Government had raised the question concerning interpretation of the Convention. They pointed out that the Chamber had not applied the above-mentioned provisions of the European Social Charter in the present case, but that it had taken into account, in its interpretation of Article 11 of the Convention, an opinion of the Committee of Independent Experts (now called the European Committee of Social Rights) concerning the connection between the right to organise and collective bargaining.

2. The Chamber

64. The Chamber did not have cause to rule on the objection in question. It referred, as a supplementary argument, to the opinion of the European Social Charter's Committee of Independent Experts when pointing out the organic link between freedom of association and freedom to bargain collectively (see *Demir and Baykara v. Turkey*, no. 34503/97, § 35, 21 November 2006). In its judgment, the Chamber used references to conventions of the International Labour Organisation (ILO) in assessing whether the impugned measure was necessary in a democratic society, and, in particular, whether the trade union Tüm Bel Sen had been acting in good faith when it chose collective bargaining as a means to defend its members' interests (*ibid.*, § 46).

3. The practice of interpreting Convention provisions in the light of other international texts and instruments

(a) Basis

65. In order to determine the meaning of the terms and phrases used in the Convention, the Court is guided mainly by the rules of interpretation provided for in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention (see, for example, *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18; *Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, §§ 51 et seq., Series A no. 112; *Lithgow and Others v. the United Kingdom*, 8 July 1986, §§ 114 and 117, Series A no. 102; and *Witold Litwa v. Poland*, no. 26629/95, §§ 57-59, ECHR 2000-III). In accordance with the Vienna Convention, the Court is required to ascertain the ordinary meaning to be given to the words in their context and in the light of the object and purpose of the provision from which they are drawn (see *Golder*, cited above, § 29; *Johnston*

and Others, cited above, § 51; and Article 31 § 1 of the Vienna Convention). Recourse may also be had to supplementary means of interpretation, either to confirm a meaning determined in accordance with the above steps, or to establish the meaning where it would otherwise be ambiguous, obscure, or manifestly absurd or unreasonable (see Article 32 of the Vienna Convention, and *Saadi v. the United Kingdom* [GC], no. 13229/03, § 62, ECHR 2008-I).

66. Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must interpret and apply it in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. The Convention must also be read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions (see, among other authorities, *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 47-48, ECHR 2005-X).

67. In addition, the Court has never considered the provisions of the Convention as the sole framework of reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined therein. On the contrary, it must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties (see *Saadi*, cited above, § 62; *Al-Adsani*, cited above, § 55; *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98, § 150, ECHR 2005-VI; and Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention).

68. The Court further observes that it has always referred to the “living” nature of the Convention, which must be interpreted in the light of present-day conditions, and that it has taken account of evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions (see *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 102, Series A no. 161; *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII; and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, § 121, ECHR 2005-I).

(b) Diversity of international texts and instruments used for the interpretation of the Convention

(i) General international law

69. The precise obligations that the substantive provisions of the Convention impose on Contracting States may be interpreted, firstly, in the light of relevant international treaties that are applicable in the particular sphere (thus, for example, the Court has interpreted Article 8 of the Convention in the light of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 and the European Convention on the

Adoption of Children of 24 April 1967 – see *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, §§ 139 and 144, ECHR 2004-V, and *Emonet and Others v. Switzerland*, no. 39051/03, §§ 65-66, 13 December 2007).

70. In another case where reference was made to international treaties other than the Convention, the Court, in order to establish the State's positive obligation concerning "the prohibition on domestic slavery" took into account the provisions of universal international conventions (the ILO Forced Labour Convention; the United Nations Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery; and the United Nations Convention on the Rights of the Child – see *Siliadin v. France*, no. 73316/01, §§ 85-87, ECHR 2005-VII). After referring to the relevant provisions of these international instruments, the Court considered that limiting the question of compliance with Article 4 of the Convention only to direct action by the State authorities would be inconsistent with the international instruments specifically concerned with this issue and would amount to rendering it ineffective (*ibid.*, § 89).

71. Moreover, as the Court indicated in the *Golder* case (cited above, § 35), the relevant rules of international law applicable in the relations between the parties also include "general principles of law recognised by civilized nations" (see Article 38 § 1 (c) of the Statute of the International Court of Justice). The Legal Committee of the Consultative Assembly of the Council of Europe foresaw in August 1950 that "the Commission and the Court [would] necessarily [have to] apply such principles" in the execution of their duties and thus considered it to be "unnecessary" to insert a specific clause to this effect in the Convention (Documents of the Consultative Assembly, working papers of the 1950 session, vol. III, no. 93, p. 982, paragraph 5).

72. In the *Soering* judgment (cited above), the Court took into consideration the principles laid down by texts of universal scope in developing its case-law concerning Article 3 of the Convention in respect of extradition to third countries. Firstly, it considered, with reference to the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and the 1969 American Convention on Human Rights, that the prohibition of treatment contrary to Article 3 of the Convention had become an internationally accepted standard. Secondly, it considered that the fact that the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment prohibited the extradition of a person to another State where he would be in danger of being subjected to torture did not mean that an essentially similar obligation was not already inherent in the general terms of Article 3 of the European Convention.

73. Furthermore, the Court found in its *Al-Adsani* judgment, with reference to universal instruments (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Articles 2 and 4 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment) and their interpretation by international criminal courts (judgment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in *Prosecutor v. Furundzija*, 10 December 1998) and domestic courts (judgment of the House of Lords in *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet (No. 3)*), that the prohibition of torture had attained the status of a peremptory norm of international law, or *jus cogens*, which it incorporated into its case-law in this sphere (see *Al-Adsani*, cited above, § 60).

(ii) *Council of Europe instruments*

74. In a number of judgments the Court has used, for the purpose of interpreting the Convention, intrinsically non-binding instruments of Council of Europe organs, in particular recommendations and resolutions of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly (see, among other authorities, *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, §§ 59, 71, 90 and 93, ECHR 2004-XII).

75. These methods of interpretation have also led the Court to support its reasoning by reference to norms emanating from other Council of Europe organs, even though those organs have no function of representing States Parties to the Convention, whether supervisory mechanisms or expert bodies. In order to interpret the exact scope of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, the Court has, for example, made use of the work of the European Commission for Democracy through Law (“the Venice Commission”) (see, among other authorities, *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*, nos. 55066/00 and 55638/00, §§ 70-73, 11 January 2007; *Basque Nationalist Party – Iparralde Regional Organisation v. France*, no. 71251/01, §§ 45-52, ECHR 2007-II; and *Çiloğlu and Others v. Turkey*, no. 73333/01, § 17, 6 March 2007), of that of the European Commission against Racism and Intolerance (see, for example, *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, no. 15250/02, §§ 33-36, ECHR 2005-XIII; *Ivanova v. Bulgaria*, no. 52435/99, §§ 65-66, 12 April 2007; *Cobzaru v. Romania*, no. 48254/99, §§ 49-50, 26 July 2007; and *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 59-65, 184, 192, 200 and 205, ECHR 2007-IV) and of the reports of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (see, for

example, *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, § 42, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V; *Slimani v. France*, no. 57671/00, §§ 22 et seq., ECHR 2004-IX; *Nazarenko v. Ukraine*, no. 39483/98, §§ 94-102, 29 April 2003; *Kalashnikov v. Russia*, no. 47095/99, § 97, ECHR 2002-VI; and *Kadiķis v. Latvia (no. 2)*, no. 62393/00, § 52, 4 May 2006).

(iii) *Consideration by the Court*

76. The Court recently confirmed, in its *Saadi* judgment (cited above, § 63), that when it considers the object and purpose of the Convention provisions, it also takes into account the international law background to the legal question before it. Being made up of a set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision that more conventional means of interpretation have not enabled it to establish with a sufficient degree of certainty.

77. By way of example, in finding that the right to organise had a negative aspect which excluded closed-shop agreements, the Court considered, largely on the basis of the European Social Charter and the case-law of its supervisory organs, together with other European or universal instruments, that there was a growing measure of agreement on the subject at international level (see *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, 30 June 1993, § 35, Series A no. 264, and *Sørensen and Rasmussen v. Denmark* [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, §§ 72-75, ECHR 2006-I).

78. The Court observes in this connection that in searching for common ground among the norms of international law it has never distinguished between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State.

79. Thus, in the *Marckx v. Belgium* case, concerning the legal status of children born out of wedlock, the Court based its interpretation on two international conventions of 1962 and 1975 that Belgium, like other States Parties to the Convention, had not yet ratified at the time (see *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, §§ 20 and 41, Series A no. 31). The Court considered that the small number of ratifications of these instruments could not be relied on in opposition to the continuing evolution of the domestic law of the great majority of the member States, together with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim “*mater semper certa est*”.

80. Moreover, in the cases of *Christine Goodwin v. the United Kingdom* ([GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI), *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* ([GC], no. 63235/00, ECHR 2007-II) and *Sørensen and Rasmussen*

(cited above), the Court was guided by the European Union's Charter of Fundamental Rights, even though this instrument was not binding. Furthermore, in the cases of *McElhinney v. Ireland* ([GC], no. 31253/96, ECHR 2001-XI), *Al-Adsani* (cited above) and *Fogarty v. the United Kingdom* ([GC], no. 37112/97, ECHR 2001-XI), the Court took note of the European Convention on State Immunity, which had only been ratified at the time by eight member States.

81. In addition, in its *Glass v. the United Kingdom* judgment, the Court took account, in interpreting Article 8 of the Convention, of the standards enshrined in the Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine of 4 April 1997, even though that instrument had not been ratified by all the States Parties to the Convention (see *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, § 75, ECHR 2004-II).

82. In order to determine the criteria for State responsibility under Article 2 of the Convention in respect of dangerous activities, the Court, in the *Öneryıldız* judgment, referred among other texts to the Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment (ETS no. 150 – Lugano, 21 June 1993) and the Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law (ETS no. 172 – Strasbourg, 4 November 1998). The majority of member States, including Turkey, had neither signed nor ratified these two conventions (see *Öneryıldız*, cited above, § 59).

83. In the *Taşkın and Others v. Turkey* case, the Court built on its case-law concerning Article 8 of the Convention in matters of environmental protection (an aspect regarded as forming part of the individual's private life) largely on the basis of principles enshrined in the United Nations Economic Commission for Europe's Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (ECE/CEP/43) (see *Taşkın and Others v. Turkey*, no. 49517/99, §§ 99 and 119, 4 December 2003). Turkey had not signed the Aarhus Convention.

84. The Court notes that the Government further invoked the absence of political support on the part of member States, in the context of the work of the Steering Committee for Human Rights, for the creation of an additional protocol to extend the Convention system to certain economic and social rights. The Court observes, however, that this attitude of member States was accompanied, as acknowledged by the Government, by a wish to strengthen the mechanism of the European Social Charter. The Court regards this as an argument in support of the existence of a consensus among

Contracting States to promote economic and social rights. It is not precluded from taking this general wish of Contracting States into consideration when interpreting the provisions of the Convention.

4. *Conclusion*

85. The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.

86. In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies (see, *mutatis mutandis*, *Marckx*, cited above, § 41).

B. The right for municipal civil servants to form trade unions

1. *The Chamber judgment*

87. The Chamber considered that it had not been shown before it that the absolute prohibition on forming trade unions imposed on civil servants by Turkish law, as it was applied at the material time, met a “pressing social need”. It found that the mere fact that the “legislation [had] not provide[d] for such a possibility” was not sufficient to warrant a measure as radical as the dissolution of a trade union.

88. Referring to the judgment in *Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey* (no. 28602/95, §§ 36-39, ECHR 2006-II), the Chamber considered that, absent any concrete evidence to show that the activities of the trade union Tüm Bel Sen represented a threat to society or to the State, the respondent State, in refusing to recognise the legal personality of the applicants’ union, had failed to comply with its obligation to secure the enjoyment of the rights enshrined in Article 11 of the Convention. It held that there had been a violation of Article 11 of the Convention on this point.

2. *The parties' submissions*

(a) **The Government**

89. Before the Grand Chamber, the Government raised a plea of incompatibility *ratione materiae* with the provisions of the Convention: Article 11 of the Convention not being applicable to “members ... of the administration of the State”, it could not be applied to the applicants in the present case as they belonged to that category of worker. The Court has decided to join this objection to the merits (see paragraph 58 above).

90. In support of their argument, the Government observed that all public officials in Turkey were covered by a specific set of rules. The situation of municipal civil servants was no different from that of other civil servants, as local-government bodies were clearly governmental organisations performing public duties.

91. The Government were of the opinion that it was impossible to render ineffective, by means of interpretation or use of case-law, the express terms of Article 11 *in fine*, which authorised States to impose, in respect of members of the armed forces, the police or the administration of the State, restrictions other than those that had to pass the test of necessity in a democratic society.

92. The Government further argued before the Grand Chamber that the judgment of the Court of Cassation of 6 December 1995 had had no repercussions on the intensive union activities of the trade union Tüm Bel Sen, because it had subsequently displayed an undeniable organisational efficiency and had been able to enter into hundreds of collective agreements, currently for the benefit of some ten thousand municipal employees.

(b) **The applicants**

93. As regards the fact that civil servants were prohibited from forming trade unions, the applicants agreed with the view of the Chamber, but pointed out that their main grievance related to the annulment of the collective agreement. They observed that the prohibition as applied in the present case did not take into account the fact that certain civil servants performed exactly the same work as employees in the private sector.

94. As to the effects that the Court of Cassation judgment of 6 December 1995 had had on the activities of the trade union Tüm Bel Sen, the applicants observed in the first place that the Ministry of the Interior had brought criminal and civil proceedings, for abuse of authority, against mayors who had entered into collective agreements with trade unions. Even though, more recently, such proceedings had been abandoned, the

municipal authorities, fearing fresh proceedings, had ceased to engage in collective bargaining with trade unions. The activities of the trade union Tüm Bel Sen had thus been considerably limited.

95. The applicants also claimed, in this connection, that the Audit Court, following the Court of Cassation judgment of 6 December 1995, had invalidated the collective agreements signed by the trade union Tüm Bel Sen and that civil servants belonging to the union had had to reimburse all the additional wages or allowances they had received as a result of the defunct agreements. This development, which in itself constituted interference with the trade union's activities, had also prevented the union from persuading other municipal authorities to sign new collective agreements.

3. *The Court's assessment*

(a) **Can the applicants, as municipal civil servants, be afforded the guarantees of Article 11 of the Convention?**

96. The Court must now deal with the Government's objection that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention on the ground that Article 11 of the Convention is not applicable to "members ... of the administration of the State".

It is true that Article 11 § 2 *in fine* clearly indicates that the State is bound to respect the freedom of association of its employees, subject to the possible imposition of lawful restrictions on the exercise by members of its armed forces, police or administration of the rights protected in that Article (see *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, 6 February 1976, § 37, Series A no. 20).

97. In this connection, the Court considers that the restrictions imposed on the three groups mentioned in Article 11 are to be construed strictly and should therefore be confined to the "exercise" of the rights in question. These restrictions must not impair the very essence of the right to organise. On this point the Court does not share the view of the Commission that the term "lawful" in the second sentence of Article 11 § 2 requires no more than that the restriction in question should have a basis in national law, and not be arbitrary and that it does not entail any requirement of proportionality (see *Council of Civil Service Unions et al v. the United Kingdom*, no. 11603/85, Commission decision of 20 January 1987, Decisions and Reports 50, p. 228). Moreover, in the Court's view, it is incumbent on the State concerned to show the legitimacy of any restrictions to such persons' right to organise. The Court further considers that municipal civil servants, who are not engaged in the administration of the State as such, cannot in principle be treated as "members of the administration of the State" and, accordingly,

be subjected on that basis to a limitation of their right to organise and to form trade unions (see, *mutatis mutandis*, *Tüm Haber Sen and Çınar*, cited above, §§ 35-40 and 50).

98. The Court observes that these considerations find support in the majority of the relevant international instruments and in the practice of European States.

99. While Article 8 § 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which concerns the same subject matter, includes members of the administration of the State among the categories of persons who may be subject to restrictions, Article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights, the wording of which is similar to that of Article 11 of the Convention, provides that the State is entitled to restrict the exercise of the right to freedom of association only of members of the armed forces and of the police, without referring to members of the administration of the State.

100. The Court points out that the principal instrument guaranteeing, internationally, the right for public officials to form trade unions is ILO Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, Article 2 of which provides that all workers, without distinction whatsoever, have the right to establish and to join organisations of their own choosing (see paragraph 37 above).

101. The Court observes that the right of public officials to join trade unions has been confirmed on a number of occasions by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. This Committee, in its Individual Observation to the Turkish government concerning ILO Convention No. 87, considered that the only admissible exception to the right to organise as contemplated by that instrument concerned the armed forces and the police (see paragraph 38 above).

102. The Court further notes that the ILO Committee on Freedom of Association adopted the same line of reasoning as regards municipal civil servants. In the Committee's view, local public service employees should be able effectively to establish organisations of their own choosing, and these organisations should enjoy the full right to further and defend the interests of the workers whom they represent (see paragraph 39 above).

103. The instruments emanating from European organisations also show that the principle whereby civil servants enjoy the fundamental right of association has been very widely accepted by the member States. For example, Article 5 of the European Social Charter guarantees the freedom of workers and employers to form local, national or international organisations for the protection of their economic and social interests and to join those organisations. National legislation may impose partial restrictions on the

police and total or partial restrictions on members of the armed forces, but no possibility of restriction is provided for in respect of other members of the administration of the State.

104. The right of association of civil servants has also been recognised by the Committee of Ministers of the Council of Europe in its Recommendation No. R (2000) 6 on the status of public officials in Europe, Principle 8 of which declares that public officials should, in principle, enjoy the same rights as all citizens, and that their trade-union rights should only be lawfully restricted in so far as that is necessary for the proper exercise of their public functions (see paragraph 46 above).

105. Another European instrument, the European Union's Charter of Fundamental Rights, has adopted an open approach to the right to organise, declaring, in its Article 12 § 1, among other things, that "everyone" has the right to form and to join trade unions for the protection of his or her interests (see paragraph 47 above).

106. As to European practice, the Court reiterates that the right of public servants to join trade unions is now recognised by all Contracting States (see paragraph 48 above). This right applies to public servants under a career or contractual system and to employees of publicly owned industrial or commercial enterprises, whether national or municipal. Civil servants, whether they work for central government or a local authority, are generally entitled to join the trade union of their choosing. The Court also takes note of the fact that the density of trade-union membership is generally higher in the public sector than in the private sector, which constitutes a manifest indication of a favourable legal and administrative environment created by member States. In the majority of member States, the few restrictions that can be found are limited to judicial offices, the police and the fire services, with the most stringent restrictions, culminating in the prohibition of union membership, being reserved for members of the armed forces.

107. The Court concludes from this that "members of the administration of the State" cannot be excluded from the scope of Article 11 of the Convention. At most, the national authorities are entitled to impose "lawful restrictions" on those members, in accordance with Article 11 § 2. In the present case, however, the Government have failed to show how the nature of the duties performed by the applicants, as municipal civil servants, requires them to be regarded as "members of the administration of the State" subject to such restrictions.

108. Accordingly, the applicants may legitimately rely on Article 11 of the Convention and the objection raised by the Government on this point must therefore be dismissed.

(b) General principles

109. The Court reiterates that Article 11 § 1 presents trade-union freedom as one form or a special aspect of freedom of association (see *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, § 38, Series A no. 19, and *Swedish Engine Drivers' Union*, cited above, § 39). The Convention makes no distinction between the functions of a Contracting State as holder of public power and its responsibilities as employer. Article 11 is no exception to that rule. On the contrary, § 2 *in fine* of this provision clearly indicates that the State is bound to respect freedom of assembly and association, subject to the possible imposition of “lawful restrictions” in the case of members of its armed forces, police or administration (see *Tüm Haber Sen and Çınar*, cited above, § 29). Article 11 is accordingly binding upon the “State as employer”, whether the latter’s relations with its employees are governed by public or private law (see *Swedish Engine Drivers' Union*, cited above, § 37).

110. The Court further reiterates that, although the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, there may in addition be positive obligations on the State to secure the effective enjoyment of such rights. In the specific context of the present case, the responsibility of Turkey would be engaged if the facts complained of by the applicants – that is to say, principally, the non-recognition of their trade union by the State at the material time – resulted from a failure on its part to secure to the applicants under domestic law the rights set forth in Article 11 of the Convention (see *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, § 41, ECHR 2002-V, and *Gustafsson v. Sweden*, 25 April 1996, § 45, Reports 1996-II).

111. However, as the Court has pointed out in the context of Article 8 of the Convention, whether the case is analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the rights of an applicant under the Article or in terms of an interference by a public authority, to be justified in accordance with § 2 of the Article, the applicable principles are broadly similar (see *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 98, ECHR 2003-VIII).

(c) Effects of State action or inaction on Tüm Bel Sen’s activities

112. The Court must ascertain in the first place whether the Government’s argument that the judgment of the Court of Cassation of 6 December 1995 had no effect on the union activities of Tüm Bel Sen is confirmed by the facts of the case.

113. It observes in this connection that the said judgment, to the extent that it was found therein that the applicant trade union had not acquired legal personality when it was created and, accordingly, that it was not entitled to take or defend legal proceedings, had two effects on the union's activities, one retrospective, the other prospective.

114. The judgment in question had the retrospective effect of rendering null and void *ab initio* all the activities and actions that Tım Bel Sen had undertaken between 1991 and 1993 in relation to the Gaziantep Municipal Council for the purpose of protecting its members' interests, including the collective agreement involved in the present case. That effect was compounded by the decisions of the Audit Court requiring the reimbursement of the advantages obtained by members of the trade union as a result of negotiations with the employing authority.

115. As to the prospective effect of the judgment in question, the Court regards as credible the applicants' argument that the trade union Tım Bel Sen had seen its activities considerably restricted as a result of the reluctance on the part of the heads of local authorities to enter into negotiations with it. It can be seen from the case file, firstly, that heads of municipal authorities who had agreed to grant advantages to civil servants under collective agreements had faced administrative, financial and judicial proceedings prior to the enactment of Law no. 4688 on 25 June 2001, and, secondly, that even after that date they were themselves obliged to reimburse to the State any additional sums that had been paid at the material time and then in turn bring proceedings against the civil servants who had received them.

116. As noted above (paragraph 88), the Chamber not only considered that there had been an unjustified interference with the rights of the applicants under Article 11 but that, in refusing to recognise the legal personality of the applicants' trade union, the State had failed to comply with its positive obligation to secure the enjoyment of the rights enshrined in that Article. Like the Chamber, the Grand Chamber considers that the present case can be analysed either as an interference with Article 11 or as a failure by the State to comply with its positive obligation to secure the applicants' rights under this provision. In the particular circumstances of the present case, the Court considers that both approaches are possible given the mixture of action and inaction on the part of the authorities with which it is confronted. Accordingly, it will proceed on the basis that this part of the case should be analysed from the standpoint of whether there was an interference with the applicants' rights but it will also have regard to the State's positive obligations in so doing.

(d) Compliance with Article 11*(i) Prescription by law and pursuit of a legitimate aim*

117. Such interference will constitute a breach of Article 11 unless it was “prescribed by law”, pursued one or more legitimate aims and was “necessary in a democratic society” for the achievement of those aims.

118. The Court notes that the impugned interference was in accordance with the domestic law as interpreted by the combined civil divisions of the Court of Cassation. Moreover, it is not in dispute that the judgment in question, in so far as it sought to prevent discrepancy between legislation and practice, was intended to prevent disorder (see *Tüm Haber Sen and Çınar*, cited above, §§ 33-34).

(ii) Necessity in a democratic society

119. As to the necessity of such interference in a democratic society, the Court reiterates that lawful restrictions may be imposed on the exercise of trade-union rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State. However, it must also be borne in mind that the exceptions set out in Article 11 are to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association. In determining in such cases whether a “necessity” – and therefore a “pressing social need” – within the meaning of Article 11 § 2 exists, States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts (see, for example, *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 July 1998, § 40, *Reports* 1998-IV). The Court must also look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it were “relevant and sufficient”. In so doing, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in the appropriate provision of the Convention and, moreover, that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (see, for example, *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 51, ECHR 2002-II).

120. As to whether, in the present case, the non-recognition of the applicants’ trade union was justified by a “pressing social need”, the Grand Chamber endorses the following assessment of the Chamber:

“... it has not been shown before it that the absolute prohibition on forming trade unions imposed on civil servants ... by Turkish law, as it applied at the material time, met a ‘pressing social need’. The mere fact that the ‘legislation did not provide for such a possibility’ is not sufficient to warrant as radical a measure as the dissolution of a trade union.”

121. The Court further considers that at the material time there were a number of additional arguments in support of the idea that the non-recognition of the right of the applicants, as municipal civil servants, to form a trade union did not correspond to a “necessity”.

122. Firstly, the right of civil servants to form and join trade unions was already recognised by instruments of international law, both universal (see paragraphs 98-102 above) and regional (see paragraphs 103-05 above). In addition, an examination of European practice shows that the freedom of association of public officials was generally recognised in all member States (see paragraph 106 above).

123. Secondly, Turkey had already, at the material time, ratified (by an instrument deposited on 12 July 1993) ILO Convention No. 87, the fundamental text securing, internationally, the right of public officials to form trade unions. This instrument was already, by virtue of the Turkish Constitution, directly applicable in domestic law (see paragraph 34 above).

124. Lastly, Turkey confirmed, by its subsequent practice, its willingness to recognise the right to organise of civil servants – a willingness already expressed by the ratification of ILO Convention No. 87 in 1993 – by the amendment of the Turkish Constitution in 1995 and by the practice of the judicial organs from the early 1990s onwards. That latter practice is illustrated by the decisions taken in the present case by the District Court and the Fourth Civil Division of the Court of Cassation. Moreover, in 2000 Turkey signed the two United Nations instruments recognising the right in question (see paragraphs 40 and 41 above).

125. The Court observes that, in spite of these developments in international law, the Turkish authorities were unable to secure to the applicants the right to form a trade union, mainly for two reasons. Firstly, the Turkish legislature, after the ratification in 1993 of ILO Convention No. 87 by Turkey, did nothing more until 2001, the year in which it enacted the Civil Servants’ Trade Union Act (Law no. 4688), which governs the practical application of this right. Secondly, during this transitional period, the combined civil divisions of the Court of Cassation refused to follow the solution proposed by the Gaziantep District Court, which had been guided by developments in international law, and gave a restrictive and formalistic interpretation of the domestic legislation concerning the forming of legal entities. This interpretation prevented the combined civil divisions from

assessing the specific circumstances of the case and from ascertaining whether a fair balance had been struck between the respective interests of the applicants and of the employing authority, Gaziantep Municipal Council (see, *mutatis mutandis*, *Sørensen and Rasmussen*, cited above, § 58).

126. The Court thus considers that the combined effect of the restrictive interpretation by the Court of Cassation and the legislature's inactivity between 1993 and 2001 prevented the State from fulfilling its obligation to secure to the applicants the enjoyment of their trade-union rights and cannot be justified as "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention.

127. Accordingly, there has been a violation of Article 11 of the Convention on account of the failure to recognise the right of the applicants, as municipal civil servants, to form a trade union.

C. Annulment of a collective agreement between the trade union Tüm Bel Sen and the authority which had been applied for the previous two years

1. The Chamber judgment

128. The Chamber examined this point separately from the complaint concerning the refusal of the Court of Cassation to recognise the right of civil servants to form trade unions.

129. As to the question whether there had been a breach of the applicants' trade-union rights, the Chamber considered that the Court's case-law did not exclude the possibility that the right to enter into a collective agreement might represent, in the particular circumstances of a case, one of the principal means – even the foremost of such means – for trade unionists to protect their interests. It noted the organic link between freedom of association and freedom to bargain collectively, as previously referred to by the European Social Charter's Committee of Independent Experts.

130. The Chamber, after observing that, in the present case, the trade union Tüm Bel Sen had persuaded the authority to engage in collective bargaining and to enter into a collective agreement, and that this agreement had for a period of two years governed all working relations between municipal-council staff and their employer, considered that this collective agreement represented for the trade union the principal, if not only, means of promoting and safeguarding its members' interests (see §§ 30-40 of the Chamber judgment).

131. The Chamber also considered that the interference in question was prescribed by law and that the prevention of discrepancy between practice and the current domestic law could be regarded as a legitimate aim within

the meaning of Article 11 § 2 (see § 42 of the Chamber judgment). As regards the justification for the interference, the Chamber found that no pressing need in this connection had been shown by the Government. It also found that Turkey had failed in its positive obligation under Article 11 to assist the applicants' trade union in defending its members' interests.

2. *The parties' observations*

132. The parties agreed that the Grand Chamber had to examine the complaint concerning the annulment of the collective agreement separately from the complaint concerning the applicants' right to form trade unions.

(a) **The Government**

133. The Government argued that the complaint relating to the annulment of the collective agreement had to be examined separately, in so far as, in their opinion, it raised separate legal questions from those raised by the applicants' right to form a trade union.

134. In the Government's opinion, it was not appropriate to modify the case-law established in the 1970s to the effect that the right to enter into collective agreements was not a right guaranteed as such by Article 11. Going beyond the early classical cases of *National Union of Belgian Police* or *Swedish Engine Drivers' Union* (cited above), this case-law had been reiterated more recently in inadmissibility decisions (see *Francesco Schettini and Others v. Italy* (dec.), no. 29529/95, 9 November 2000, and *UNISON v. the United Kingdom* (dec.), no. 53574/99, ECHR 2002-I).

135. The Government pointed out in this connection that trade-union rights could be implemented in a number of different forms and they argued that the State was free to select those that were to be used by trade unions. They claimed that it was not for the Court to impose any particular form on Contracting States for the purposes of Article 11.

136. They contended, moreover, that it was impossible to establish a common European practice as regards the right of civil servants to enter into collective agreements. In certain Contracting States, only contractual State employees (as opposed to career civil servants) enjoyed such a right, while in others only those civil servants who held senior posts were excluded.

137. Lastly, the Government considered that the ILO conventions ratified by Turkey were not pertinent in the context of Article 11 of the Convention. They argued that the Court should not make use of them to create new rights that could be relied upon under the Convention.

(b) The applicants

138. The applicants explained that their principal complaint concerned the annulment of the collective agreement between them and the Gaziantep Municipal Council. They stated that they shared the Chamber's analysis of this question, while pointing out that the Court of Cassation's position totally disregarded their rights in this connection.

139. They further agreed with the concurring opinion of three judges in the Chamber who had stated that the right to bargain collectively should be regarded nowadays as one of the essential elements inherent in the right to form trade unions, within the meaning of Article 11 of the Convention.

3. Whether there was interference

(a) General principles concerning the substance of the right of association

(i) Evolution of case-law

140. The development of the Court's case-law concerning the constituent elements of the right of association can be summarised as follows: the Court has always considered that Article 11 of the Convention safeguards freedom to protect the occupational interests of trade-union members by the union's collective action, the conduct and development of which the Contracting States must both permit and make possible (see *National Union of Belgian Police*, cited above, § 39; *Swedish Engine Drivers' Union*, cited above, § 40; and *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, 6 February 1976, § 36, Series A no. 21).

141. As to the substance of the right of association enshrined in Article 11 of the Convention, the Court has taken the view that § 1 of that Article affords members of a trade union a right, in order to protect their interests, that the trade union should be heard, but has left each State a free choice of the means to be used towards this end. What the Convention requires, in the Court's view, is that under national law trade unions should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive for the protection of their members' interests (see *National Union of Belgian Police*, cited above, § 39; *Swedish Engine Drivers' Union*, cited above, § 40; and *Schmidt and Dahlström*, cited above, § 36).

142. As regards the right to enter into collective agreements, the Court initially considered that Article 11 did not secure any particular treatment of trade unions, such as a right for them to enter into collective agreements (see *Swedish Engine Drivers' Union*, cited above, § 39). It further stated that

this right in no way constituted an element necessarily inherent in a right guaranteed by the Convention (see *Schmidt and Dahlström*, cited above, § 34).

143. Subsequently, in the case of *Wilson, National Union of Journalists and Others*, the Court considered that even if collective bargaining was not indispensable for the effective enjoyment of trade-union freedom, it might be one of the ways by which trade unions could be enabled to protect their members' interests. The union had to be free, in one way or another, to seek to persuade the employer to listen to what it had to say on behalf of its members (*ibid.*, § 44).

144. As a result of the foregoing, the evolution of case-law as to the substance of the right of association enshrined in Article 11 is marked by two guiding principles: firstly, the Court takes into consideration the totality of the measures taken by the State concerned in order to secure trade-union freedom, subject to its margin of appreciation; secondly, the Court does not accept restrictions that affect the essential elements of trade-union freedom, without which that freedom would become devoid of substance. These two principles are not contradictory but are correlated. This correlation implies that the Contracting State in question, while in principle being free to decide what measures it wishes to take in order to ensure compliance with Article 11, is under an obligation to take account of the elements regarded as essential by the Court's case-law.

145. From the Court's case-law as it stands, the following essential elements of the right of association can be established: the right to form and join a trade union (see, as a recent authority, *Tüm Haber Sen and Çınar*, cited above), the prohibition of closed-shop agreements (see, for example, *Sørensen and Rasmussen*, cited above) and the right for a trade union to seek to persuade the employer to hear what it has to say on behalf of its members (see *Wilson, National Union of Journalists and Others*, cited above, § 44).

146. This list is not finite. On the contrary, it is subject to evolution depending on particular developments in labour relations. In this connection, it is appropriate to remember that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights, thus necessitating greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies. In other words, limitations to rights must be construed restrictively, in a manner which gives practical and effective protection to human rights (see, *mutatis mutandis*, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98,

41343/98 and 41344/98, § 100, ECHR 2003-II, and *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 101, ECHR 1999-V).

(ii) *The right to bargain collectively*

147. The Court observes that in international law, the right to bargain collectively is protected by ILO Convention No. 98 concerning the Right to Organise and to Bargain Collectively. Adopted in 1949, this text, which is one of the fundamental instruments concerning international labour standards, was ratified by Turkey in 1952. It states in Article 6 that it does not deal with the position of “public servants engaged in the administration of the State”. However, the ILO Committee of Experts interpreted this provision as excluding only those officials whose activities were specific to the administration of the State. With that exception, all other persons employed by government, by public enterprises or by autonomous public institutions should benefit, according to the Committee, from the guarantees provided for in Convention No. 98 in the same manner as other employees, and consequently should be able to engage in collective bargaining in respect of their conditions of employment, including wages (see paragraph 43 above).

148. The Court further notes that ILO Convention No. 151 (which was adopted in 1978, entered into force in 1981 and has been ratified by Turkey) on labour relations in the public service (“Convention No. 151 concerning Protection of the Right to Organise and Procedures for Determining Conditions of Employment in the Public Service”) leaves States free to choose whether or not members of the armed forces or of the police should be accorded the right to take part in the determination of working conditions, but provides that this right applies everywhere else in the public service, if need be under specific conditions. In addition, the provisions of Convention No. 151, under its Article 1 § 1, cannot be used to reduce the extent of the guarantees provided for in Convention No. 98 (see paragraph 44 above).

149. As to European instruments, the Court finds that the European Social Charter, in its Article 6 § 2 (which Turkey has not ratified), affords to all workers, and to all trade unions, the right to bargain collectively, thus imposing on the public authorities the corresponding obligation to promote actively a culture of dialogue and negotiation in the economy, so as to ensure broad coverage for collective agreements. The Court observes, however, that this obligation does not oblige authorities to enter into collective agreements. According to the meaning attributed by the ECSR to Article 6 § 2 of the Charter, which in fact fully applies to public officials, States which impose restrictions on collective bargaining in the public sector have an obligation, in order to comply with this provision, to arrange

for the involvement of staff representatives in the drafting of the applicable employment regulations.

150. As to the European Union's Charter of Fundamental Rights, which is one of the most recent European instruments, it provides in Article 28 that workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Community law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels.

151. As to the practice of European States, the Court reiterates that, in the vast majority of them, the right of civil servants to bargain collectively with the authorities has been recognised, subject to various exceptions so as to exclude certain areas regarded as sensitive or certain categories of civil servants who hold exclusive powers of the State. In particular, the right of public servants employed by local authorities and not holding State powers to engage in collective bargaining in order to determine their wages and working conditions has been recognised in the majority of Contracting States. The remaining exceptions can be justified only by particular circumstances (see paragraph 52 above).

152. It is also appropriate to take into account the evolution in the Turkish situation since the application was lodged. Following its ratification of ILO Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, Turkey amended, in 1995, Article 53 of its Constitution by inserting a paragraph providing for the right of trade unions formed by public officials to take or defend court proceedings and to engage in collective bargaining with authorities. Later on, Law no. 4688 of 25 June 2001 laid down the terms governing the exercise by civil servants of their right to bargain collectively.

153. In the light of these developments, the Court considers that its case-law to the effect that the right to bargain collectively and to enter into collective agreements does not constitute an inherent element of Article 11 (see *Swedish Engine Drivers' Union*, cited above, § 39, and *Schmidt and Dahlström*, cited above, § 34) should be reconsidered, so as to take account of the perceptible evolution in such matters, in both international law and domestic legal systems. While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents established in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement (see *Vilho Eskelinen and Others*, cited above, § 56).

154. Consequently, the Court considers that, having regard to the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters, the right to bargain

collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the “right to form and to join trade unions for the protection of [one’s] interests” set forth in Article 11 of the Convention, it being understood that States remain free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions. Like other workers, civil servants, except in very specific cases, should enjoy such rights, but without prejudice to the effects of any “lawful restrictions” that may have to be imposed on “members of the administration of the State” within the meaning of Article 11 § 2 – a category to which the applicants in the present case do not, however, belong (see paragraphs 106-07 above).

(b) Application of the foregoing principles to the present case

155. In the light of the foregoing principles, the Court considers that the trade union Tüm Bel Sen, already at the material time, enjoyed the right to engage in collective bargaining with the employing authority, which had moreover not disputed that fact. This right constituted one of the inherent elements of the right to engage in trade-union activities, as secured to that union by Article 11 of the Convention.

156. As to the impugned collective agreement entered into after collective bargaining, the Grand Chamber, like the Chamber, takes note of the following facts:

“In the first place, the trade union Tüm Bel Sen persuaded the employer, Gaziantep Municipal Council, to engage in collective bargaining over questions that it regarded as important for the interests of its members and to reach an agreement in order to determine their reciprocal obligations and duties.

Subsequently, following those negotiations, a collective agreement was entered into between the employer and the union Tüm Bel Sen. All the rights and obligations of its members were provided for and protected under that agreement.

Moreover, the collective agreement was implemented. For a period of two years, with the exception of certain financial provisions that were in dispute between the parties, the collective agreement governed all employer-employee relations within Gaziantep Municipal Council.”

157. Accordingly, the Court observes that the collective bargaining in the present case and the resulting collective agreement constituted, for the trade union concerned, an essential means to promote and secure the interests of its members. The absence of the legislation necessary to give effect to the provisions of the international labour conventions already ratified by Turkey, and the Court of Cassation judgment of 6 December 1995 based on that absence, with the resulting *de facto* annulment *ex tunc* of the collective agreement in question, constituted interference with the applicants’ trade-union freedom as protected by Article 11 of the Convention.

158. As to the applicants' arguments concerning the insufficiency of the new legislation with regard to the trade-union rights of civil servants, the Court points out that the object of the present application does not extend to the fact that the new Turkish legislation fails to impose on the authorities an obligation to enter into collective agreements with civil servants' trade unions, or to the fact that those unions do not have the right to strike in the event that their collective bargaining should prove unsuccessful.

4. Whether the interference was justified

159. The Court considers that the interference in question, namely the annulment *ex tunc* of the collective agreement that the trade union Tüm Bel Sen had entered into following collective bargaining with the authority that employed the applicants, should be regarded as having breached Article 11, unless it can be shown that it was "prescribed by law", that it pursued one or more legitimate aims, in accordance with § 2, and that it was "necessary in a democratic society" to fulfil such aims.

(a) Prescription by law

160. The Government and the applicants agreed with the Chamber's finding that the interference in question was prescribed by law. For the purposes of the present case, the Grand Chamber can accept that the interference was prescribed by law, as interpreted by the combined civil divisions of the Court of Cassation, the highest judicial body to have ruled on the case.

(b) Pursuit of a legitimate aim

161. The Court can also accept, like the Chamber and the parties themselves, that the interference in question, in so far as it aimed to prevent discrepancy between law and practice, pursued a legitimate aim: the prevention of disorder. As to the fact that the risk of such discrepancy was the result of the time taken by the legislature to adapt the legislation to Turkey's international commitments in the field of international labour standards, the Court considers that its assessment must likewise relate to the question whether such a measure was necessary in a democratic society.

(c) Necessity in a democratic society

162. The Court refers in this connection to the case-law set out above concerning the negative and positive obligations imposed on the Government by Article 11 of the Convention (see paragraphs 109-11 above).

163. As to the application of these principles to the present case, the Court notes that the Government have omitted to show how the impugned

restriction was necessary in a democratic society, standing by their principal argument to the effect that the applicants, in their capacity as civil servants, did not have the right to bargain collectively or enter into collective agreements.

164. The Court, performing its own examination, considers that at the material time a number of elements showed that the refusal to accept that the applicants, as municipal civil servants, enjoyed the right to bargain collectively and thus to persuade the authority to enter into a collective agreement, did not correspond to a “pressing social need”.

165. Firstly, the right for civil servants to be able, in principle, to bargain collectively, was recognised by international law instruments, both universal (see paragraphs 147-48 above) and regional (see paragraphs 149-50 above). Moreover, an examination of European practice shows that this right was recognised in the majority of member States (see paragraphs 52 and 151 above).

166. Secondly, Turkey had in 1952 ratified ILO Convention No. 98, the principal instrument protecting, internationally, the right for workers to bargain collectively and enter into collective agreements (see paragraphs 42-43 and 151 above). There is no evidence in the case file to show that the applicants’ union represented “public servants engaged in the administration of the State”, that is to say, according to the interpretation of the ILO Committee of Experts, officials whose activities are specific to the administration of the State and who qualify for the exception provided for in Article 6 of ILO Convention No. 98.

167. In these circumstances, the Grand Chamber shares the following consideration of the Chamber:

“The Court cannot accept that the argument based on an omission in the law – caused by a delay on the part of the legislature – was sufficient in itself to make the annulment of a collective agreement which had been applied for the past two years satisfy the conditions for any restriction of the freedom of association.”

168. Moreover, the Grand Chamber observes that the Government failed to adduce evidence of any specific circumstances that could have justified the exclusion of the applicants, as municipal civil servants, from the right, inherent in their trade-union freedom, to bargain collectively in order to enter into the agreement in question. The explanation that civil servants, without distinction, enjoy a privileged position in relation to other workers is not sufficient in this context.

169. The Court thus finds that the impugned interference, namely the annulment *ex tunc* of the collective agreement entered into by the

applicants' union following collective bargaining with the authority was not "necessary in a democratic society", within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention.

170. There has therefore been a violation of Article 11 of the Convention on this point also, in respect of both the applicants' trade union and the applicants themselves.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

171. The applicants argued that the restrictions imposed on their freedom to form trade unions and enter into collective agreements constituted a discriminatory distinction for the purposes of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 11.

172. However, in view of its findings under Article 11, the Court, as did the Chamber, does not consider it necessary to examine this complaint separately.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

173. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

174. Before the Chamber, Mr Kemal Demir claimed that he had sustained pecuniary damage in the sum of 551 euros (EUR), on account of the additional pay that he would have received over a thirteen-year period if the collective agreement had not been annulled. He also claimed EUR 14,880 in respect of non-pecuniary damage resulting from his disappointment at being deprived of the means to assert his rights.

175. Mrs Vicdan Baykara, on behalf of the trade union that she represented and of its members, claimed compensation for non-pecuniary damage in the sum of EUR 148,810.

176. The Chamber awarded EUR 20,000 in respect of non-pecuniary damage to Mrs Vicdan Baykara, in her capacity as representative of the trade union Tüm Bel Sen, to be shared between the members of the union, together with EUR 500 to Mr Kemal Demir for all heads of damage combined.

177. The applicants requested the Grand Chamber to award them exactly the same amounts.

178. The Government disputed these claims. They submitted that there was no causal link between the pecuniary damage alleged by the two applicants and the Court of Cassation judgment in question, which concerned the legal capacity of the trade union Tüm Bel Sen. Moreover, they indicated that no documentary evidence had been adduced in support of the claims submitted on that basis. Lastly, they argued that Mrs Vicdan Baykara, in her capacity as President of the trade union Tüm Bel Sen, had simply been discharging her duty as its representative and on that basis could not receive compensation for non-pecuniary damage.

179. As to the claim submitted by Mr Kemal Demir in respect of pecuniary damage, the Court considers that the sum which the applicant was obliged to pay back to the State following the annulment of the relevant collective agreement must be returned to him. Admittedly, the claim is not entirely supported by documentary evidence. However, the calculations produced in a simplified form by the applicants enable its accuracy to be verified. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards Mr Kemal Demir EUR 500 for all heads of damage combined.

180. As to the claim submitted in respect of non-pecuniary damage by Mrs Vicdan Baykara on behalf of the trade union she represented, the Court draws attention to its case-law to the effect that the frustration felt by members of an organ that has been dissolved or prevented from acting can be taken into account in this connection (see, for example, *Dicle for the Democratic Party (DEP) of Turkey v. Turkey*, no. 25141/94, § 78, 10 December 2002, and *Presidential Party of Mordovia v. Russia*, no. 65659/01, § 37, 5 October 2004). The Court observes that at the material time the trade union Tüm Bel Sen was the principal union of municipal-council staff. Its dissolution and the annulment of its collective agreement with the Gaziantep Municipal Council must have caused deep feelings of frustration among its members, as they were thus deprived of their principal means of defending their occupational interests.

181. Making its assessment on an equitable basis, the Court awards the sum of EUR 20,000 in respect of non-pecuniary damage to the trade union Tüm Bel Sen. This sum is to be paid to Mrs Vicdan Baykara, who will be responsible for making the sum available to the said trade union.

B. Costs and expenses

182. Before the Grand Chamber, as before the Chamber, the applicants did not submit any claim for costs and expenses. The Court thus considers that there is no cause to make any award under this head.

C. Default interest

183. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Joins* to the merits the Government's preliminary objections and dismisses them;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 11 of the Convention on account of the interference with the right of the applicants, as municipal civil servants, to form a trade union;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 11 of the Convention on account of the annulment *ex tunc* of the collective agreement entered into by the trade union Tüm Bel Sen following collective bargaining with the employing authority;
4. *Holds* that it is not necessary to examine separately the complaints submitted under Article 14 of the Convention;
5. *Holds*
 - (a) that the respondent State is to pay, within three months, the following amounts, to be converted into new Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement:
 - (i) to Mrs Vicdan Baykara, representative of the trade union Tüm Bel Sen, EUR 20,000 (twenty thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, to be distributed by her to the said trade union;
 - (ii) to Mr Kemal Demir, EUR 500 (five hundred euros) in respect of all heads of damage combined;
 - (iii) any tax that may be chargeable on the above amounts;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 November 2008.

Michael O'Boyle
Deputy Registrar

Christos Rozakis
President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following opinions are annexed to this judgment:

- (a) separate opinion of Judge Zagrebelsky;
- (b) concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judges Bratza, Casadevall and Villiger.

C.L.R.
M.O'B.

SEPARATE OPINION OF JUDGE ZAGREBELSKY

(Translation)

I would like to add to the reasoning in the judgment as regards the right of trade unions to bargain collectively by expounding a few considerations of my own on the subject of the Court's departures from precedent.

1. On 6 February 1976 in the case of *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* (Series A no. 20) the Court found in its judgment as follows (§ 39):

“... Article [11] does not secure any particular treatment of trade unions, or their members, by the State, such as the right that the State should conclude any given collective agreement with them. Not only is this latter right not mentioned in Article 11 § 1, but neither can it be said that all the Contracting States incorporate it in their national law or practice, or that it is indispensable for the effective enjoyment of trade union freedom.”

The Court went on to conclude (§ 40):

“... the members of a trade union have a right, in order to protect their interests, that the trade union should be heard. Article 11 § 1 certainly leaves each State a free choice of the means to be used towards this end. While the concluding of collective agreements is one of these means, there are others. What the Convention requires is that under national law trade unions should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive for the protection of their members' interests.”

(see, also, a judgment of the same date, *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, §§ 34-35, Series A no. 21, and *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, § 39, Series A no. 19).

This case-law was referred to more recently, without being called into question, in 1996 and 2002, in the *Gustafson v. Sweden* judgment (25 April 1996, § 45, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II) and in the *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom* judgment of 2 July 2002 (nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, § 44, ECHR 2002-V).

In the present judgment, by contrast, the Court has found that “the right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the ‘right to form and to join trade unions for the protection of [one’s] interests’ set forth in Article 11 of the Convention” (see paragraph 154 of the judgment).

2. The Court has thus expressly departed from its case-law, taking into account “the perceptible evolution in such matters, in both international law and domestic legal systems” (see paragraph 153 of the judgment). In reality, the new and recent fact that may be regarded as indicating an evolution internationally appears to be only the proclamation (in 2000)

of the European Union's Charter of Fundamental Rights. The evolution of legislation in the various States (see paragraphs 52 and 151 of the judgment) is a more difficult basis on which to assess the time or period from which a significant change became perceptible.

I have the feeling that the Court's departure from precedent represents a correction of its previous case-law rather than an adaptation of case-law to a real change, at European or domestic level, in the legislative framework (as was the case, for example, in its *Stafford v. the United Kingdom* judgment of 28 May 2002 ([GC], no. 46295/99, ECHR 2002-IV)) or in the relevant social and cultural ethos (as, for example, in the *Christine Goodwin v. the United Kingdom* judgment of 11 July 2002 ([GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI)). This departure is probably closer to the situation dealt with by the Court in the case of *Pessino v. France* (no. 40403/02, 10 October 2006) than to the domestic case-law in the *S.W. v. the United Kingdom* judgment of 22 November 1995 (Series A no. 335-B). In any event, the evolution of public opinion which rendered foreseeable the solution adopted by the domestic courts in the *S.W. v. the United Kingdom* case was already evident by the time of the offence of which the applicant stood accused.

3. The Court, recognising that “it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that [it] should not depart, without good reason, from [its] precedents”, and being responsible for interpretation of the Convention (Article 32 of the Convention), has nevertheless proceeded with this departure, considering that “a failure by [it] to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement” (see paragraph 153 of the judgment).

This is all perfectly consistent with the practice of the Court, which, while in principle following its own previous rulings, does from time to time, very cautiously, develop its case-law by a reversal of precedent (see *Christine Goodwin*, cited above, §§ 74 and 93; *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 56, ECHR 2007-II; and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99, §§ 109, 121 and 125, ECHR 2005-I).

4. All courts have to interpret the law in order to clarify it and, if need be, to keep pace with the changes in the society which they are serving (see, among many other authorities, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 40, Series A no. 260-A, and *Cantoni v. France*, 15 November 1996, § 31, *Reports* 1996-V). For the purposes of the Convention, the term “law” covers both enactments and the interpretation thereof by the courts (see *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A), such that divergences in case-law create uncertainty and a lack of foreseeability that are capable of raising doubt as to the legality of an interference with a Convention

right (see *Driha v. Romania*, no. 29556/02, § 32, 21 February 2008, and *Păduraru v. Romania*, no. 63252/00, § 98, ECHR 2005-XII). Any judicial interpretation of the law is by nature retrospective, in the sense that it applies to a prior situation or conduct.

However, in my opinion, the act of departing from precedent raises a particular problem, because the interaction between the new interpretation and the law, as previously contemplated, will give rise to a new “law” whose content is different to that of the previous “law”. The retrospectiveness of the new “law” is problematic with regard to the requirements of foreseeability and legal certainty. I would compare this to the problems raised by the retrospective effect of an Act interpreting a previous Act, justifying a certain resistance on the part of the Court. The requirements in terms of the quality of the law, and particularly that of the foreseeability of its application, entail a need for a similar approach to the nature of judicial interpretation to that obtaining in the situation of laws succeeding each other in time, for which transitional provisions are often made.

5. As regards the case-law of domestic courts, the Court has already shown that it is aware of the problem in cases where it has taken note of rulings affording new domestic remedies to applicants (see *Di Sante v. Italy* (dec.), no. 56079/00, 24 June 2004; *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, § 44, ECHR 2006-V; *Giummarra and Others v. France* (dec.), no. 61166/00, 12 June 2001; *Mifsud v. France* (dec.) [GC], no. 57220/00, ECHR 2002-VIII; *Broca and Texier-Micault v. France*, nos. 27928/02 and 31694/02, § 20, 21 October 2003; and *Paulino Tomas v. Portugal* (dec.), no. 58698/00, ECHR 2003-VIII), while dealing with such situations as if they entailed the creation of a new law due to take effect (“enter into force”) after a certain period of time, in the manner of a *vacatio legis*.

The same awareness is reflected in certain judgments of the Court of Justice of the European Union and of certain domestic courts, which, adopting the principle of prospective overrulings, or addressing the consequences of a mistake of law caused by existing case-law, do not apply (retrospectively and automatically) the new case-law to the case pending before it or to similar situations (see *Les Revirements de Jurisprudence* – Report presented to President Guy Canivet by the Working Party chaired by Nicolas Molfessis – Paris, Litec, 2004). In this connection, a particularly clear and pointed argument, in respect of Article 6 of the Convention, was used by the French Court of Cassation in a plenary judgment of 21 December 2006 (*Dalloz*, 2007, pp. 835 et seq., with a note by P. Morvan, *Le Sacre du Revirement Prospectif sur l'Autel de l'Équitable*). The opinion of Lord Nicholls of Birkenhead in the *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited*

and others and others judgment of the House of Lords of 30 June 2005 ([2005] UKHL 41) is also worthy of note.

6. In its *Marckx v. Belgium* judgment of 13 June 1979 (§ 58, Series A no. 31), the Court, responding to the Government’s request for determination of the effects of its ruling on previous situations, and taking into account the slow evolution towards the equality of treatment at issue in that case, dispensed the Belgian State from reopening legal acts or situations that antedated the delivery of its judgment.

The Court, out of a concern for legal certainty, thus showed that it was aware of the need to refrain from calling into question situations concerning individuals whose proceedings relating to distributions of estates had already been concluded. However, that was an exceptional case, which could probably also be explained by the significance of the consequences that could otherwise have affected a large number of individuals.

The Court nevertheless applied its new case-law, finding that Belgium had breached the Convention in respect of the applicants. In the same vein, the Court held in its *Aoulmi v. France* judgment of 17 January 2006 (no. 50278/99, ECHR 2006-I) that there had been a violation of Article 34 of the Convention, dismissing the respondent Government’s argument to the effect that the applicant’s expulsion had taken place prior to the adoption by the Court, in its *Mamatkulov and Askarov* judgment of 4 February 2005 (cited above), of its new case-law as to the binding nature of measures indicated under Rule 39 of the Rules of Court. The Court thus considered that Contracting States had already been required to fulfil their obligations arising from Article 34 of the Convention at the time of the expulsion in question (see *Aoulmi*, cited above, § 111). Rightly so, but in the meantime the “content” of the obligation had changed as a result of the Court’s new interpretation of Rule 39.

7. When it departs from precedent, the Court certainly changes the content of the Convention in relation to its own previous interpretation, given with the authority conferred on it by Article 32 of the Convention. If the new case-law extends the scope of a Convention provision and thus imposes a new obligation on States, a retrospective effect that is automatic and not subject to directions by the Court would, in my view, be difficult to reconcile with the requirements of foreseeability and legal certainty, which are essential pillars of the Convention system. Moreover, the application in each State, by domestic courts, of the Convention as interpreted by the Court, will then become difficult, if not impossible. I therefore find it necessary that provision be made for the period that precedes the departure from precedent.

8. In the light of the foregoing, I would have preferred it if the Court had stipulated the time from which the right in question “became” (see paragraph 154 of the judgment) one of the essential elements of the right set forth in Article 11. In my own opinion, it would seem legitimate to doubt that this could already have come about by 1995, when the Turkish Court of Cassation disposed of the case at domestic level. Moreover, I find it regrettable that the Court has once again allowed the “natural” retrospectiveness of judicial interpretation to impugn an approach that, at the material time, was (probably) not in breach of the Convention.

I did, however, vote in favour of finding a violation on account of the annulment of the collective agreement at issue (operative paragraph 3), as I share the Court’s interpretation of Article 11. I must also take account of the Court’s practice concerning the retrospective effect of its departures from precedent, although I personally believe that this practice should itself be the subject of such a departure.

CONCURRING OPINION OF JUDGE SPIELMANN JOINED BY JUDGES BRATZA, CASADEVALL AND VILLIGER

(Translation)

1. I voted without hesitation for finding a violation of Article 11 of the Convention on account of the failure to recognise the right of the applicants, as municipal civil servants, to form a trade union.
2. In the following lines I wish to explain why I also voted with the majority in favour of finding a violation of Article 11 of the Convention on account of the annulment *ex tunc* of the collective agreement entered into by the trade union Tüm Bel Sen following collective bargaining with the authority.
3. Paragraph 154 of the judgment reads as follows:

“... the Court considers that, having regard to the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters, the right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the ‘right to form and to join trade unions for the protection of [one’s] interests’ set forth in Article 11 of the Convention, it being understood that States remain free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions. Like other workers, civil servants, except in very specific cases, should enjoy such rights, but without prejudice to the effects of any ‘lawful restrictions’ that may have to be imposed on ‘members of the administration of the State’ within the meaning of Article 11 § 2 – a category to which the applicants in the present case do not, however, belong.”

4. The emphasis is thus placed on the “right to bargain collectively with the employer”.
5. It would be erroneous to infer that, for those working in the public service, “bargaining” has only one possible outcome: the “collective agreement”. It should not be forgotten that, in many legal systems, the statutory situation of civil servants is an objective situation, governed by laws and/or regulations, from which no derogation can be made by means of individual agreements. The introduction of an unlimited contractual dimension through Article 11 of the Convention would have a drastic impact on civil-service law in many States. The status of civil servant is based on the unification, organisation and efficiency of the public service.
6. The following comments have been made by Nicolas Valticos with regard to Convention No. 151 of the International Labour Organisation (ILO) and the Labour Relations (Public Service) Recommendation, 1978 (R159):

“335. A difficult issue in the area of trade-union rights, as more generally in the determination of employment conditions, is that of public officials, since they are employed to serve the State and the general interests of the nation, the State is not an employer like any other and, as depositary of the common interest, the State is

not inclined, as an employer, to renounce its public-authority attributes, at least not systematically. This concept of relations between the State and its officials will vary, however, depending on the country. In some countries nowadays civil servants and other public officials – or most of them – tend to be treated as workers in the private sector, as regards, for example, collective bargaining and even the right to strike. In other countries, however, the traditional notions are still recognised. Another problem stems from the fact that the definition of civil servant varies in scope depending on the country, according to the extent of the public sector and to whether or not a distinction is made – and also to what degree – between civil servants as such (even distinguishing between sub-categories thereof) and public-sector employees in a broader sense ...

...

337. The recommendation (No. 159) which supplements the Convention ... leaves to national legislation, or to other appropriate means, the task of determining the various provisions (participation of public officials, procedure to be followed) for negotiation or other methods of determining terms and conditions of employment ...” (Nicolas Valticos, *Droit International du Travail, Droit du Travail* (under direction of G.H. Camerlynck), vol. 8, 2nd edn., Dalloz, 1983, pp. 264-66).

7. That being said, it is no longer in dispute – as is made clear by the judgment – that freedom of association exists in the public service. Similarly, trade union associations have become permanent partners in discussions on working conditions between State employees and public authorities. Such associations cannot be ignored by the State as employer, or more generally by public authorities.

8. Even though the right to bargain collectively can no longer be called into question as such (see paragraphs 42-44 and 49-52 of the judgment), certain exceptions or limits must nevertheless always be possible in the public service, provided that the role of staff representatives in the drafting of the applicable employment conditions or regulations remains guaranteed. For example, as indicated by the Court in paragraph 149 of the judgment:

“According to the meaning attributed by the European Committee of Social Rights to Article 6 § 2 of the Charter, which in fact fully applies to public officials, States which impose restrictions on collective bargaining in the public sector have an obligation, in order to comply with this provision, to arrange for the involvement of staff representatives in the drafting of the applicable employment regulations.”

Similarly, the following provision is made by Article 7 of ILO Convention No. 151, quoted at paragraph 44 of the judgment:

“Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for negotiation of terms and conditions of employment between the public authorities concerned and public employees’ organisations, or of such other methods as will allow representatives of public employees to participate in the determination of these matters.”

This provision thus authorises a certain flexibility in the choice of procedures for determining conditions of employment with the participation of civil servants (see also J. Llobera, “La Fonction Publique et la Liberté Syndicale dans les Normes Internationales du Travail”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1992, p. 336, for whom such flexibility would not even entail recourse to collective bargaining).

9. In short, the basic issue is to ascertain what is meant by “collective bargaining”. The authorising of public officials to make their voices heard certainly implies that they have a right to engage in social dialogue with their employer, but not necessarily the right to enter into collective agreements or that States have a corresponding obligation to enable the existence of such agreements. States must therefore be able to retain a certain freedom of choice in such matters.

10. In the present case, however, the right to bargain collectively at issue had been rendered totally meaningless by the obstacles placed in the way of the social dialogue. The annulment *ex tunc* of the collective agreement entered into following collective bargaining with the authority had therefore entailed a violation of Article 11 of the Convention.