

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



REPORTS  
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL  
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2011-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 2011-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](http://www.fsc.org))  
Imprimé sur demande par CPI Wöhrmann Print Service (Zutphen, Pays-Bas)  
sur papier FSC ([www.fsc.org](http://www.fsc.org))

ISBN: 978-9-462-40177-8

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014  
© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2014

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 Bureau<sup>1</sup> of the Court following a proposal by the Jurisconsult<sup>2</sup>.

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 ([www.echr.coe.int](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 Bureau<sup>1</sup> à la suite de la proposition du jurisconsulte<sup>2</sup>.

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<sup>er</sup> 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 ([www.echr.coe.int](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

	<i>Page</i>
Subject matter/Objet des affaires .....	VII
<i>Stummer v. Austria</i> [GC], no. 37452/02, judgment of 7 July 2011 ...	1
<i>Stummer c. Autriche</i> [GC], n° 37452/02, arrêt du 7 juillet 2011 .....	53
<i>Durđević v. Croatia</i> , no. 52442/09, judgment of 19 July 2011 (extracts) .....	109
<i>Durđević c. Croatie</i> , n° 52442/09, arrêt du 19 juillet 2011 (extraits) .	127
<i>Palomo Sánchez et autres c. Espagne</i> [GC], n <sup>os</sup> 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, arrêt du 12 septembre 2011 .....	145
<i>Palomo Sánchez and Others v. Spain</i> [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, judgment of 12 September 2011 .....	187
<i>Heinisch v. Germany</i> , no. 28274/08, judgment of 21 July 2011 (extracts) .....	229
<i>Heinisch c. Allemagne</i> , n° 28274/08, arrêt du 21 juillet 2011 (extraits) .....	261
<i>S.H. and Others v. Austria</i> [GC], no. 57813/00, judgment of 3 November 2011 .....	295
<i>S.H. et autres c. Autriche</i> [GC], n° 57813/00, arrêt du 3 novembre 2011 .....	337
<i>V.C. v. Slovakia</i> , no. 18968/07, judgment of 8 November 2011 (extracts) .....	381
<i>V.C. c. Slovaquie</i> , n° 18968/07, arrêt du 8 novembre 2011 (extraits).	421



## Subject matter/Objet des affaires

### Article 3

- Violence among pupils in school  
*Durđević v. Croatia*, p. 109
- Violences entre élèves à l'école  
*Durđević c. Croatie*, p. 127
- Sterilisation of Roma woman without her informed consent  
*V.C. v. Slovakia*, p. 381
- Stérilisation d'une femme rom sans son consentement éclairé  
*V.C. c. Slovaquie*, p. 421

### Article 4

- Refusal to take work performed in prison into account in calculation of pension rights  
*Stummer v. Austria* [GC], p. 1
- Refus de prendre en compte les périodes de travail accomplies en prison pour le calcul des droits à pension de retraite  
*Stummer c. Autriche* [GC], p. 53

### Article 8

- Violence among pupils in school  
*Durđević v. Croatia*, p. 109
- Violences entre élèves à l'école  
*Durđević c. Croatie*, p. 127
- Prohibition on the use of ova and sperm from donors for *in vitro* fertilisation  
*S.H. and Others v. Austria* [GC], p. 295
- Interdiction de la fécondation *in vitro* avec don d'ovules ou de sperme  
*S.H. et autres c. Autriche* [GC], p. 337
- Absence of safeguards giving special consideration to the reproductive health of the applicant as a Roma woman  
*V.C. v. Slovakia*, p. 381
- Absence de garanties accordant une considération particulière à la santé reproductive de la requérante en tant que Rom  
*V.C. c. Slovaquie*, p. 421

### Article 10

Dismissal of trade unionists for publishing offensive articles about their colleagues

*Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], p. 187

Licenciement de syndicalistes pour avoir publié des articles offensants à l'égard de leurs collègues

*Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], p. 145

Dismissal of nurse for lodging criminal complaint alleging shortcomings in care provided by employer

*Heinisch v. Germany*, p. 229

Licenciement d'une infirmière ayant porté plainte contre son employeur pour carences dans l'administration de soins

*Heinisch c. Allemagne*, p. 261

### Article 14 of the Convention in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1/

### Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1

Refusal to take work performed in prison into account in calculation of pension rights

*Stummer v. Austria* [GC], p. 1

Refus de prendre en compte les périodes de travail accomplies en prison pour le calcul des droits à pension de retraite

*Stummer c. Autriche* [GC], p. 53



STUMMER v. AUSTRIA  
*(Application no. 37452/02)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 7 JULY 2011<sup>1</sup>

---

1. Judgment delivered by the Grand Chamber following relinquishment of jurisdiction by a Chamber in accordance with Article 30 of the Convention.



SUMMARY<sup>1</sup>**Refusal to take work performed in prison into account in calculation of pension rights****Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1**

*Discrimination – Peaceful enjoyment of possessions – Refusal to take work performed in prison into account in calculation of pension rights – Relevantly similar situation of working prisoners and ordinary employees in respect of affiliation to old-age pension system – Difference in treatment – Objective and reasonable justification – Legitimate aim – Preserving the economic efficiency and overall consistency of the old-age pension system – No European consensus on social security for prisoners – European Prison Rules – Wide margin of appreciation in State's general choice of economic and social policy*

**Article 4**

*Forced or compulsory labour – Work required to be done in the ordinary course of detention – Refusal to take work performed in prison into account in calculation of pension rights*

\*

\* \*

The applicant spent some twenty-eight years of his life in prison. During his prison terms, he worked for lengthy periods but was not affiliated to the old-age pension system under the General Social Security Act. However, from 1 January 1994 he was affiliated to the unemployment insurance scheme in respect of periods worked in prison. His application for an early retirement pension was dismissed by the Workers' Pension Insurance Office in March 1999 on the ground that he had failed to accumulate the minimum of 240 insurance months required for pension eligibility. He subsequently brought an action against that Office arguing that the months he had spent working in prison should be counted as insurance months. In April 2001 a labour and social court dismissed his claim. A Court of Appeal dismissed his appeal after finding that the fact that prisoners were affiliated to the unemployment insurance scheme since an amendment to the Unemployment Insurance Act in 1993 was not conclusive as regards the question of their affiliation

---

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

to the old-age pension system. In February 2002 the Supreme Court dismissed the applicant's appeal. After his release from prison in January 2004, the applicant received unemployment benefits for a few months and since then has received emergency relief payments under the Unemployment Insurance Act.

*Held*

(1) Article 14 in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1: The Court observed that prison work differed from work performed by ordinary employees in many aspects and that it served the primary aim of rehabilitation and resocialisation. Even though prison work was obligatory under Austrian law the Court did not find that factor decisive. What was at issue was the need to provide for old age, in which respect the applicant was in a relevantly similar situation to ordinary employees. In respect of affiliation to the health and accident insurance scheme under the General Social Security Act, however, the applicant's situation as a working prisoner was different from that of ordinary employees since prisoners' health and accident care was provided by the State under the Execution of Sentences Act. The Government had argued that working prisoners often did not have the means to pay social security contributions and that it would have thus undermined the economic efficiency of the old-age pension system if periods for which no meaningful contributions had been made were counted as insurance periods giving rise to pension entitlements. The overall consistency of the old-age pension system had to be preserved and periods of work in prison could therefore not be counted as qualifying or substitute periods compensating for times during which no contributions had been made. Austrian social security law provided for that possibility only in a limited number of socially accepted situations, such as child-rearing, unemployment or military service. The Court considered the above aims legitimate. The question whether the difference in treatment of working prisoners was proportionate to the legitimate aims pursued was closely linked to the State's general choice of economic and social policy. In this area, the States enjoyed a wide margin of appreciation so the Court would intervene only when the policy choice was without reasonable foundation. Moreover, the question had to be seen as one feature in the overall system of prison work and prisoners' social cover. There was, however, no European consensus on social security for prisoners. While an absolute majority of Council of Europe member States provided prisoners with some kind of social security, only a small majority affiliated them to their old-age pension system and some of them, like Austria, did so only by giving them the possibility of making voluntary contributions.

The applicant worked for lengthy periods in prison. The domestic authorities' decisions indicated that his periods without insurance cover occurred between the 1960s and the 1990s. At the material time, there was no common ground regarding the affiliation of working prisoners to domestic social security systems. This lack of common ground was reflected in the 1987 European Prison Rules, which did not contain any provision in this regard. Subsequently, the 2006 European

Prison Rules recommended including, as far as possible, prisoners who worked in national social security systems, without referring specifically to old-age pension systems. Austrian law reflected that trend in that all prisoners were to be provided with health and accident care and in that since January 1994 working prisoners were affiliated to the unemployment insurance scheme. It was significant that the applicant, although not entitled to an old-age pension, was not left without social cover. Following his release from prison he had received unemployment benefit and subsequently emergency relief payments to which he was entitled on account of having been covered by the Unemployment Insurance Act as a working prisoner. When the European Court delivered its judgment in his case, the applicant was still receiving emergency relief payments supplemented by a housing allowance amounting to a total of approximately 720 euros (EUR) per month, almost the minimum pension level (approximately EUR 780 per month). In sum, in a context of changing standards, a Contracting State could not be reproached for giving priority to the insurance scheme it considered most relevant for the reintegration of prisoners upon their release. While Austria was required to keep the issue raised by the case under review, the Court found that, by not having affiliated working prisoners to the old-age pension system, it had not exceeded the wide margin of appreciation afforded to it in that matter.

*Conclusion:* no violation (ten votes to seven).

(2) Article 4: The applicant argued that European standards had changed to such an extent that prison work without affiliation to the old-age pension system could no longer be regarded as work required to be done in the ordinary course of detention. The Court noted that Austrian law reflected the development of European law in that all prisoners were provided with health and accident care and working prisoners were affiliated to the unemployment insurance scheme but not to the old-age pension system. It appeared, however, that there was not sufficient consensus on the issue of the affiliation of working prisoners to the old-age pension system. While the 2006 European Prison Rules reflected an evolving trend, this could not be translated into an obligation under the Convention. The Court found no basis for the interpretation of Article 4 advocated by the applicant and concluded that the obligatory work he had performed as a prisoner without being affiliated to the old-age pension system had to be regarded as “work required to be done in the ordinary course of detention” within the meaning of Article 4 § 3 (a) of the Convention and did not therefore constitute “forced or compulsory labour”.

*Conclusion:* no violation (sixteen votes to one).

### **Case-law cited by the Court**

*Twenty-One Detained Persons v. Germany*, nos. 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67,

Commission decision of 6 April 1968, Collection 27

*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, Series A no. 12

*Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26

*Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, Series A no. 50  
*Van der Musselle v. Belgium*, 23 November 1983, Series A no. 70  
*Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 July 1994, Series A no. 291-B  
*Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV  
*Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, *Reports* 1998-II  
*Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV  
*Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, ECHR 2002-IV  
*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI  
*Siliadin v. France*, no. 73316/01, ECHR 2005-VII  
*Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005-IX  
*Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2005-X  
*Puzinas v. Lithuania* (dec.), no. 63767/00, 13 December 2005  
*Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, ECHR 2006-VI  
*Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, ECHR 2006-VIII  
*Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V  
*Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, ECHR 2009  
*Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, ECHR 2010  
*Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, ECHR 2010

**In the case of Stummer v. Austria,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Corneliu Bîrsan,  
Anatoly Kovler,  
Elisabeth Steiner,  
Alvina Gyulumyan,  
Dean Spielmann,  
Sverre Erik Jebens,  
Dragoljub Popović,  
Giorgio Malinverni,  
George Nicolaou,  
Ann Power,  
Kristina Pardalos,  
Vincent A. De Gaetano, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 3 November 2010 and on 25 May 2011,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 37452/02) against the Republic of Austria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by an Austrian national, Mr Ernst Walter Stummer (“the applicant”), on 14 October 2002.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr A. Bammer, a lawyer practising in Vienna. The Austrian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ambassador H. Tichy, Head of the International Law Department at the Federal Ministry for European and International Affairs.

3. The applicant complained that he was discriminated against as he was not affiliated to the old-age pension system as a working prisoner and

was consequently deprived of a pension. He relied on Article 4 and, in substance, also on Article 14 of the Convention taken in conjunction either with Article 4 or with Article 1 of Protocol No. 1.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 11 October 2007 it was declared admissible by a Chamber of that Section, composed of Christos Rozakis, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens and Giorgio Malinverni, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar. On 18 March 2010 a Chamber of that Section, composed of Christos Rozakis, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni and George Nicolaou, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar, relinquished jurisdiction in favour of the Grand Chamber, neither of the parties having objected to relinquishment (Article 30 of the Convention and Rule 72).

5. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

6. The applicant and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1).

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 November 2010 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms B. Ohms,

Ms I. Köck,

Mr E. D'Aron,

Ms A. Jankovic,

*Deputy Agent,  
Counsel,*

*Advisers;*

(b) *for the applicant*

Mr A. Bammer,

*Counsel.*

The Court heard addresses by Ms Ohms and Mr Bammer, as well as answers by Ms Ohms, Ms Köck and Mr Bammer to questions put by the judges.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant was born in 1938 and lives in Vienna. He has spent about twenty-eight years of his life in prison. During his prison terms he



worked for lengthy periods in the prison kitchen or the prison bakery. As a working prisoner the applicant was not affiliated to the old-age pension system under the General Social Security Act. However, from 1 January 1994 he was affiliated to the unemployment insurance scheme in respect of periods worked in prison.

9. On 8 February 1999 the applicant filed an application for an early retirement pension with the Workers' Pension Insurance Office (*Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter* – “the Pension Office”).

10. By a decision of 8 March 1999, the Pension Office dismissed the application on the ground that the applicant had failed to accumulate 240 insurance months, the required minimum for an early retirement pension. A list of the applicant's insurance periods, running from October 1953 to February 1999, was appended to the decision. According to the list, the applicant had accumulated only 117 insurance months. The list shows lengthy periods during which no contributions were made, in particular from May 1963 to May 1964, from July 1965 to September 1968, from June 1969 to January 1974, from April 1974 to March 1984, from June 1984 to May 1986 and from February 1987 to April 1994. Between May 1994 and February 1999 a number of months, during which the applicant received unemployment benefits or emergency relief payments under the Unemployment Insurance Act, were counted as substitute periods.

11. Subsequently, the applicant brought an action against the Pension Office before the Vienna Labour and Social Court (*Arbeits- und Sozialgericht*). He submitted that he had been working for twenty-eight years in prison and that the number of months worked during that time should be counted as insurance months for the purpose of assessing his pension rights.

12. On 4 April 2001 the Labour and Social Court dismissed the applicant's claim. It confirmed that the applicant had not completed the required minimum number of insurance months. Referring to section 4(2) of the General Social Security Act, the court noted that prisoners performing obligatory work while serving their sentence were not affiliated to the compulsory social insurance scheme. According to the Supreme Court's established case-law (judgment no. 10 ObS 66/90 of 27 February 1990 and judgment no. 10 ObS 52/99s of 16 March 1999), their work, corresponding to a legal obligation, differed from work performed by employees on the basis of an employment contract. The difference in treatment under social security law did not disclose any appearance of discrimination.

13. The applicant, now assisted by counsel, appealed. He argued in particular that the wording of section 4(2) of the General Social Security Act did not distinguish between work on the basis of a legal obligation and work based on a contract. Moreover, he argued that the distinction was not

objectively justified. Since 1993, prisoners who worked had been affiliated to the unemployment insurance scheme. In the applicant's view, there was no reason not to affiliate them to the old-age pension system.

14. On 24 October 2001 the Vienna Court of Appeal (*Oberlandesgericht*) dismissed the applicant's appeal. It held that the Labour and Social Court had correctly applied the law. According to the Supreme Court's established case-law, prisoners performing obligatory work were not to be treated as employees within the meaning of section 4(2) of the General Social Security Act and were therefore not affiliated to the compulsory social insurance scheme. The fact that, since the 1993 amendment to the Unemployment Insurance Act, prisoners were affiliated to the unemployment insurance scheme was not conclusive as regards the question of their affiliation to the old-age pension system. In essence, the applicant raised a question of legal or social policy. However, it was not for the courts but for the legislature to decide whether or not to change the provisions relating to the social insurance of prisoners. In that connection, the Court of Appeal noted that it did not share the applicant's doubts regarding the possible unconstitutionality of working prisoners' non-affiliation to the old-age pension scheme.

15. On 12 February 2002 the Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) dismissed an appeal on points of law by the applicant. Its judgment was served on the applicant on 6 May 2002.

16. On 29 January 2004 the applicant completed his last prison term. Subsequently, he received unemployment benefits until 29 October 2004 and, upon their expiry, emergency relief payments (*Notstandshilfe*). According to his counsel's submissions at the hearing, the applicant currently receives some 720 euros (EUR) per month (composed of EUR 15.77 per day plus EUR 167 per month in emergency relief payments and EUR 87 as an allowance towards his rent expenses).

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

### A. The General Social Security Act

17. The basis of the Austrian social security system is laid down in two laws: the General Social Security Act (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*) and the Unemployment Insurance Act (*Arbeitslosenversicherungsgesetz*). Austrian social security law is based on the contributory principle.

#### 1. General rules

18. The General Social Security Act encompasses health and accident insurance and old-age pension.

19. Section 4 of the General Social Security Act regulates compulsory affiliation to the social security system. Pursuant to section 4(1)(1), employees are affiliated to the health and accident insurance scheme and to the old-age pension scheme. Section 4(2) defines an employee as any person working in consideration of remuneration in a relationship of personal and economic dependency. A further condition for compulsory affiliation is that the salary exceeds the marginal earnings threshold (*Geringfügigkeitsgrenze*). At current levels, this amount is set at EUR 366.33 per month (section 5(2)).

20. For an employee affiliated to the social security system, compulsory contributions have to be paid in part by the employer and in part by the employee.

21. Section 17(1) provides that persons who are no longer covered by compulsory affiliation to the social security system may continue to pay voluntary contributions (*freiwillige Weiterversicherung*) if they have accumulated at least twelve insurance months out of the previous twenty-four months within the system or at least three insurance months during each of the previous five years. Contributions can be reduced within certain limits if the economic circumstances of the person concerned justify such a reduction.

22. Entitlement to an old-age pension arises when a person who has reached pensionable age has accumulated a sufficient number of insurance months, namely a minimum of 180 months or, in the case of an early retirement pension, 240 months. When calculating the number of insurance months, certain periods during which no gainful activity has been pursued, and thus no contributions were made, are nevertheless taken into account as substitute periods (*Ersatzzeiten*), for instance periods of child-rearing, military service or unemployment.

23. The amount of an old-age pension depends mainly on the number of insurance months and the level of contributions paid. If the pension thus calculated does not reach a certain minimum level, which at current rates is EUR 783.99 per month for a single person and EUR 1,175.45 for a couple, a supplementary payment (*Ausgleichszulage*) is added in order to reach the minimum level.

## 2. *Position of prisoners*

24. During a prison term exceeding one month, entitlements to health, accident and pension insurance are suspended (section 78 of the General Social Security Act). The livelihood of prisoners is to be provided by the prison authorities. Likewise, their health care and care in case of an accident

have to be provided for by the State in accordance with the Execution of Sentences Act (see paragraphs 41 and 44 below).

25. As a matter of principle, working prisoners are not affiliated to the general social insurance system. According to the Supreme Court's case-law, prisoners performing work are not treated as employees within the meaning of section 4(2) of the General Social Security Act.

26. In a judgment of 27 February 1990 (no. 10 ObS 66/90), the Supreme Court examined an appeal by a former prisoner against a decision refusing him an invalidity pension on the ground that he had not accumulated the requisite number of insurance months. The Supreme Court ruled as follows:

“According to the unanimous legal opinion of the competent Federal Ministry (*Collection of Publications in Social Insurance Matters*, SVSlg 19.570), the Administrative Court (2 February 1972, 782/71 and 62/72, VwSlgNF 8162 = SVSlg 21.171) and the Vienna Court of Appeal (SVSlg 8.868, 21.172, 26.918, 30.930 and 32.418), this work, which is performed on the basis of a statutory rather than a voluntarily accepted duty to work, does not fall within the scope of the compulsory insurance scheme. Legal commentators also favour the interpretation that social insurance law, like labour law, requires that employment contracts be established voluntarily. Services rendered compulsorily under public law are not based on any service contract. Accordingly, work performed in the context of execution of a sentence cannot be subsumed within section 4(2) of the General Social Security Act (see Krejci-Marhold in Tomandl, SV-System 3. ErgLfg 46; MGA ASVG 49, ErgLfg 125; Krejci in Rummel, ABGB § 1151 Rz 16). In its judgment of 26 November 1971 (B 128/71, VfSlg 6582 = SVSlg 21.170), the Constitutional Court held that the decision of the legislature that work performed in the context of execution of a prison sentence did not fall within the social insurance scheme – because the requisite voluntary acceptance of a specific duty to work required in order to make out a contract of employment necessitating the payment of social insurance contributions was absent – did not infringe the principle of equal treatment.

...

The medical care due to prisoners in accordance with sections 66 et seq. of the Execution of Sentences Act and the benefits due to them, in accordance with sections 76 et seq. of that Act, after work-related accidents or illnesses within the meaning of section 76(2-4) of that Act, provide to this category of persons a statutory health and accident insurance scheme adapted to the prison context.

The fact that prisoners also, in the context of their duty to work – other than, for example, in the context of an employer-employee relationship – are not covered by compulsory insurance under the statutory pension scheme is justifiable on grounds of the above-mentioned substantive differences in relationship and accordingly – as held by the Constitutional Court in its judgment – does not infringe the principle of equal treatment.

Periods spent in pre-trial detention or serving a prison sentence or in preventive detention will, in accordance with the General Social Security Act, only be regarded as

compulsory contributory periods if the custodial measures have been imposed either on political grounds – other than national socialist activity – or on religious grounds or on grounds of descent (section 500 and section 502(1)) or if an Austrian court (in accordance with the Compensation (Criminal Proceedings) Act) has given a binding decision in respect of the periods of detention recognising a claim for damages for the detention or conviction (section 506a). Such periods of time, regarded as valid compulsory contributory periods, are to be regarded in the first-mentioned case as not requiring the payment of contributions (section 502(1), third sentence); in the second-mentioned case, the Federal State shall pay the corresponding contributions to the relevant insurance institution (section 506a, second sentence). The purpose in both cases is to compensate for the disadvantages incurred under social insurance law that have arisen on socially acceptable grounds rather than deprivation of liberty on grounds of guilty conduct. An extension of these exceptional provisions to time served in detention on grounds of culpable conduct would be contrary to the principle of equal treatment. Recognition of such periods of time as substitute periods would also be contrary to the principle of equal treatment, for similar reasons. ... Prisoners to whom the above-mentioned exceptions under section 502(1) and section 506a do not apply shall not thereby accumulate, in the context of their duty to work, either contributory periods under the compulsory insurance scheme or substitute periods. They are not, however, prevented by the execution of the sentence from continuing to make contributions to the old-age pension insurance scheme under section 17 and accumulating contributory periods through the payment of voluntary contributions, whereby continued insurance, at the request of the contributor, as far as this appears justified on the basis of his or her economic situation, shall be permitted, in accordance with section 76a(4), at a lower contribution level than the one provided for in subsections (1-3) of that provision. In accordance with section 75(3) of the Execution of Sentences Act, prisoners are to be informed of the possibilities and advantages of, *inter alia*, optional continued insurance, and they are also permitted to use funds for the payment of contributions to the social insurance scheme which are not otherwise available to them during execution of their sentence. By virtue of the very flexible continued insurance (see section 17(7-8)) – particularly in respect of the beginning, end and determination of the contributory months – a prisoner can also accumulate further contributory months in order to make up the qualifying period and/or obtain a higher pensions increment. In this connection, the fact should not be overlooked that if one were to proceed on the basis that a prisoner is covered under the invalidity and old-age pension insurance scheme in respect of work done during the execution of the sentence, contributions would accordingly have to be made for the relevant periods. Other than under section 506a, according to which the Federal State has to pay the contributions corresponding to these contributory periods (as part of the criminal compensation scheme) to the relevant insurance institution, a State contribution would not be reasonable here. ... It would not be reasonable in such cases to expect the community of insured persons to accept that periods for which no contributions have been made should give rise to pension entitlements; prisoners would have to make such contributions, so the position would not be essentially different from optional insurance. Accordingly, if the legislature has decided that work done in the context of a prisoner's duty to work cannot fundamentally give rise to compulsory contributory

periods or substitute periods and, in the light of that, has made provision only for the above-mentioned exceptions, that decision is based on objective considerations.

Accordingly, the Supreme Court has no doubts regarding the constitutionality of the statutory provisions applicable to the present case.”

27. In a judgment of 16 March 1999 (no. 10 Obs 52/99s) the Supreme Court confirmed its previous judgment.

28. For the purpose of calculating entitlement to an old-age pension, periods spent in prison are only taken into consideration in specific circumstances defined in the General Social Security Act. For instance, periods spent in prison for which compensation has been granted under the Compensation (Criminal Proceedings) Act (*Strafrechtliches Entschädigungsgesetz*) are counted as substitute periods.

## **B. The Unemployment Insurance Act and relevant practice**

29. Employees are also affiliated to the unemployment insurance scheme. Compulsory contributions have to be paid in part by the employer and in part by the employee.

30. Since the 1993 amendment to the Unemployment Insurance Act, prisoners who perform work in accordance with section 44(1) of the Execution of Sentences Act are affiliated to the unemployment insurance scheme pursuant to section 66a of the Unemployment Insurance Act. The employee’s part of the contributions is to be paid from the prisoner’s remuneration, if the remuneration exceeds the marginal earnings threshold, while the employer’s part is to be paid by the State, through the Ministry of Justice. The amendment came into force on 1 January 1994.

31. As regards the amendment to the law, which formed part of a broader reform of the system of execution of sentences, the Parliamentary Judicial Committee (*Justizausschuß*) considered the affiliation of working prisoners to the unemployment insurance scheme to constitute a first step towards their full integration into the social security system. The Judicial Committee underlined that affiliating working prisoners to the unemployment insurance scheme was an important step towards increasing their chances of reintegration into society and limiting the prospect of recidivism (see p. 1253 of the annex to the minutes of the National Council (*Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates*, XVIII.GP).

32. Entitlements under the Unemployment Insurance Act include access to training courses, job-search facilities, and payment of unemployment benefits (which, to a certain extent, are related to previous salary) for a certain period. Upon the expiry of unemployment benefits, the insured person is entitled to payment of emergency relief, which is designed to

provide a minimum amount of subsistence. Emergency relief will continue to be paid after a person has reached pensionable age if no entitlement to a pension is granted.

33. At the hearing, the Government provided the following information on the percentage of working prisoners and prisoners receiving unemployment benefits following their release.

(a) In 2009, 12,460 persons were detained, of whom 8,903 (approximately 71%) were working and thus covered by unemployment insurance. Only 2,490 of these working prisoners actually paid contributions as they earned more than the required minimum level, and the others did not have to pay contributions.

(b) Between 1 January and 30 June 2010, 9,477 persons were detained, of whom 6,791 (approximately 71%) were working and thus covered by unemployment insurance. Only 1,879 of these working prisoners actually paid contributions as they earned more than the required minimum level per month, and the others did not have to pay contributions.

(c) Between 1 January 2009 and 30 June 2010, 2,086 persons qualified to receive unemployment benefits on account of the fact that they were included in the unemployment insurance scheme during their prison term; 1,898 of them applied for unemployment benefits upon their release, receiving an average benefit of EUR 21.09 per day (the general average being EUR 26.90 per day).

### **C. Social assistance**

34. Social security is complemented by means-tested social assistance. The latter is designed to provide persons who do not have the necessary means (personal means or entitlements from old-age pension insurance or unemployment insurance) with a minimum income in order to meet their basic needs.

35. On 1 September 2010 a new system, namely the means-tested minimum income scheme (*bedarfsorientierte Mindestsicherung*), came into force, replacing social assistance. It guarantees a minimum income to all persons who are willing and able to work or who are over 65 years old and do not have other means of subsistence. The amount is aligned with the minimum pension.

### **D. The Execution of Sentences Act and relevant practice**

36. Pursuant to section 44(1) of the Execution of Sentences Act (*Strafvollzugsgesetz*), any prisoners who are fit to work are obliged to perform work assigned to them.

37. Section 45(1) of the Act obliges the prison authorities to provide each prisoner with useful work. Section 45(2) specifies the different kinds of work which may be assigned to prisoners. They include, *inter alia*, tasks to be carried out within the prison, work for public authorities, work for charities, and work for private employers.

38. Under section 46(3), the prison authorities may conclude contracts with private enterprises as regards prisoners' work.

39. Pursuant to section 51, the Federal State (*der Bund*) receives the proceeds of prisoners' work.

40. Prisoners who perform their work satisfactorily have a right to remuneration. The amounts of remuneration – per hour and type of work – are fixed in section 52(1). At current rates, they are as follows:

- |  |          |
|--|----------|
| (a) for light unskilled work               | EUR 5.00 |
| (b) for heavy unskilled work               | EUR 5.63 |
| (c) for manual work                        | EUR 6.26 |
| (d) for skilled work                       | EUR 6.88 |
| (e) for work performed by a skilled worker | EUR 7.50 |

41. The prison authorities have to provide for the livelihood of prisoners (section 31).

42. Pursuant to section 32 of the Act, all prisoners have to contribute to the costs of the execution of their sentence unless they fall within the scope of certain exceptions. If the prisoner works, the contribution amounts to 75% of his or her remuneration. It is deducted automatically from the remuneration.

43. Moreover, the employee's part of the contribution to the unemployment insurance scheme is deducted from the prisoner's remuneration. The remainder of the prisoner's remuneration is used as follows: half of it is given to the prisoner as "pocket money" and the other half is kept as savings which the prisoner receives upon release (section 54).

44. Health and accident care for prisoners is to be provided by the prison authorities pursuant to sections 66 et seq. and 76 et seq. of the Execution of Sentences Act. In essence, the entitlement to health and accident care corresponds to the entitlement under the General Social Security Act.

45. If prisoners refuse the work assigned to them, this constitutes an offence under section 107(1)(7) of the Execution of Sentences Act. The penalties set out in section 109 range from a reprimand, or a reduction or withdrawal of certain rights (for instance, the right to use "pocket money", to watch television, to send and receive correspondence or telephone calls), to a fine or house arrest (solitary confinement).

46. According to the information provided by the Government, more than 70% of prisoners in Austria are currently working. Owing to the



requirements of prison routine, the average working day is approximately six hours. However, time spent by a prisoner undergoing therapeutic or social treatment is regarded and remunerated as working time up to a maximum of five hours per week.

### III. RELEVANT INTERNATIONAL MATERIALS

#### A. United Nations instruments

##### 1. *The Forced Labour Convention (No. 29) of the International Labour Organization*

47. The Forced Labour Convention (No. 29) (“ILO Convention No. 29”) was adopted on 28 June 1930 by the General Conference of the International Labour Organization (ILO) and came into force on 1 May 1932. The relevant parts of Article 2 provide as follows:

“1. For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.

2. Nevertheless, for the purposes of this Convention, the term forced or compulsory labour shall not include:

...

(c) any work or service exacted from any person as a consequence of a conviction in a court of law, provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations;

...”

The International Labour Conference (the annual meeting of member States of the ILO) at its ninety-sixth session in 2007, carried out a general survey concerning ILO Convention No. 29 based on a report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (“the Committee”).

The report dealt, *inter alia*, with the question of prison work for private enterprises. Noting that prison work for private employers was prohibited by Article 2 § 2 (c) of ILO Convention No. 29, the Committee found that there might be conditions in which, notwithstanding their captive circumstances, prisoners could be considered to have offered themselves voluntarily and without the menace of any penalty for work with a private employer. In this connection, apart from the formal written consent of the prisoner, conditions approximating a free labour relationship (in terms of

wage levels, social security and occupational safety and health) were regarded to be the most reliable indicator of the voluntariness of labour. If such conditions were met, prison work for private enterprises was considered not to come under the definition of forced labour provided in Article 2 § 1 and, consequently, was considered to fall outside the scope of ILO Convention No. 29 (paragraphs 59-60 and 114-16 of the Committee's report).

## *2. The International Covenant on Civil and Political Rights*

48. The International Covenant on Civil and Political Rights was adopted on 16 December 1966 by United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI) and came into force on 23 March 1976. The relevant parts of Article 8 read as follows:

“3. (a) No one shall be required to perform forced or compulsory labour;

(b) Paragraph 3 (a) shall not be held to preclude, in countries where imprisonment with hard labour may be imposed as a punishment for a crime, the performance of hard labour in pursuance of a sentence to such punishment by a competent court;

(c) For the purpose of this paragraph the term ‘forced or compulsory labour’ shall not include:

(i) Any work or service, not referred to in subparagraph (b), normally required of a person who is under detention in consequence of a lawful order of a court, or of a person during conditional release from such detention;

...”

## **B. Council of Europe materials**

### *1. The European Prison Rules*

49. The European Prison Rules are recommendations of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe as to the minimum standards to be applied in prisons. States are encouraged to be guided in legislation and policies by the Rules and to ensure wide dissemination of the Rules to their judicial authorities as well as to prison staff and inmates.

#### **(a) The 1987 European Prison Rules**

50. The 1987 European Prison Rules (Recommendation No. R (87) 3 – “the 1987 Rules”) were adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 12 February 1987.

51. In Part I, the 1987 Rules contained a number of basic principles, including the following:

“1. The deprivation of liberty shall be effected in material and moral conditions which ensure respect for human dignity and are in conformity with these rules.

...

3. The purposes of the treatment of persons in custody shall be such as to sustain their health and self-respect and, so far as the length of sentence permits, to develop their sense of responsibility and encourage those attitudes and skills that will assist them to return to society with the best chance of leading law-abiding and self-supporting lives after their release.

...”

52. In Part IV, under the heading “Treatment objectives and regimes”, they contained the following rules:

“64. Imprisonment is by the deprivation of liberty a punishment in itself. The conditions of imprisonment and the prison regimes shall not, therefore, except as incidental to justifiable segregation or the maintenance of discipline, aggravate the suffering inherent in this.

65. Every effort shall be made to ensure that the regimes of the institutions are designed and managed so as:

(a) to ensure that the conditions of life are compatible with human dignity and acceptable standards in the community;

(b) to minimise the detrimental effects of imprisonment and the differences between prison life and life at liberty which tend to diminish the self-respect or sense of personal responsibility of prisoners;

...”

53. Also in Part IV, under the heading “Work”, they contained the following rules:

“71.1. Prison work should be seen as a positive element in treatment, training and institutional management.

71.2. Prisoners under sentence may be required to work, subject to their physical and mental fitness as determined by the medical officer.

71.3. Sufficient work of a useful nature, or if appropriate other purposeful activities, shall be provided to keep prisoners actively employed for a normal working day.

71.4. So far as possible the work provided shall be such as will maintain or increase the prisoner’s ability to earn a normal living after release.

...

72.1 The organisation and methods of work in the institutions shall resemble as closely as possible those of similar work in the community so as to prepare prisoners for the conditions of normal occupational life. ...

...

74.1. Safety and health precautions for prisoners shall be similar to those that apply to workers outside.

74.2. Provision shall be made to indemnify prisoners against industrial injury, including occupational disease, on terms not less favourable than those extended by law to workers outside.

...

76.1. There shall be a system of equitable remuneration of the work of prisoners.”

**(b) The 2006 European Prison Rules**

54. On 11 January 2006 the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a new version of the European Prison Rules, Recommendation Rec(2006)2 (“the 2006 Rules”). It noted that the 1987 Rules “needed to be substantively revised and updated in order to reflect the developments which ha[d] occurred in penal policy, sentencing practice and the overall management of prisons in Europe”.

55. Part I of the 2006 Rules contains the following basic principles, *inter alia*:

“2. Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody.

3. Restrictions placed on persons deprived of their liberty shall be the minimum necessary and proportionate to the legitimate objective for which they are imposed.

...

5. Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community.

6. All detention shall be managed so as to facilitate the reintegration into free society of persons who have been deprived of their liberty.”

The commentary on the 2006 Rules (prepared by the European Committee on Crime Problems ) notes that Rule 2 emphasises that the loss of the right to liberty should not lead to an assumption that prisoners automatically lose other political, civil, social, economic and cultural rights, so that restrictions should be as few as possible. The commentary observes that Rule 5 underlines the positive aspects of normalisation, recognising that, while life in prison can never be the same as life in a free society, active steps should be taken to make conditions in prison as close to normal life as possible. The commentary further states that Rule 6 “recognises that prisoners, both untried and sentenced, will eventually return to the community and that prison life has to be organised with this in mind”.

56. In Part II (“Conditions of imprisonment”), Rule 26 of the 2006 Rules deals with the various aspects of prison work. The relevant parts thereof read as follows:

“26.1 Prison work shall be approached as a positive element of the prison regime and shall never be used as a punishment.

26.2 Prison authorities shall strive to provide sufficient work of a useful nature.

26.3 As far as possible, the work provided shall be such as will maintain or increase prisoners’ ability to earn a living after release.

...

26.7 The organisation and methods of work in the institutions shall resemble as closely as possible those of similar work in the community in order to prepare prisoners for the conditions of normal occupational life.

...

26.9 Work for prisoners shall be provided by the prison authorities, either on their own or in cooperation with private contractors, inside or outside prison.

26.10 In all instances there shall be equitable remuneration of the work of prisoners.

...

26.13 Health and safety precautions for prisoners shall protect them adequately and shall not be less rigorous than those that apply to workers outside.

26.14 Provision shall be made to indemnify prisoners against industrial injury, including occupational disease, on terms not less favourable than those extended by national law to workers outside.

...

26.17 As far as possible, prisoners who work shall be included in national social security systems.”

The commentary on Rule 26 underlines the principle of normalisation of prison work in that provisions for health, safety, working hours and “even involvement in national social security systems” should reflect those for workers on the outside. In contrast, the 1987 Rules, although they contain the notion of normalisation of prison work, are silent on the question of prisoners’ inclusion in national social security systems.

57. Part VIII of the 2006 Rules, entitled “Sentenced prisoners”, contains further rules regarding the objective of the regime for sentenced prisoners:

“102.1 In addition to the rules that apply to all prisoners, the regime for sentenced prisoners shall be designed to enable them to lead a responsible and crime-free life.

102.2 Imprisonment is by the deprivation of liberty a punishment in itself and therefore the regime for sentenced prisoners shall not aggravate the suffering inherent in imprisonment.”

58. It also deals with work as one aspect of the regime for sentenced prisoners. The relevant parts of Rule 105 provide as follows:

“105.2 Sentenced prisoners who have not reached the normal retirement age may be required to work, subject to their physical and mental fitness as determined by the medical practitioner.

105.3 If sentenced prisoners are required to work, the conditions of such work shall conform to the standards and controls which apply in the outside community.”

## 2. *The European Social Charter*

59. The European Social Charter, a Council of Europe treaty which was adopted in 1961 and revised in 1996, is also of some relevance in the present context. Article 1, dealing with the right to work, provides:

“With a view to ensuring the effective exercise of the right to work, the Parties undertake:

1. to accept as one of their primary aims and responsibilities the achievement and maintenance of as high and stable a level of employment as possible, with a view to the attainment of full employment;

2. to protect effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon;

...”

The European Committee of Social Rights, the body responsible for monitoring States Parties’ compliance with the European Social Charter, has interpreted Article 1 § 2 to mean that prison work must be strictly regulated, in terms of pay, working hours and social security, particularly if prisoners are working for private firms. Prisoners may only be employed by private enterprises with their consent and in conditions as similar as possible to those normally associated with a private employment relationship (see *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, 1 September 2008, p. 23).

## C. Comparative European law

60. From the information available to the Court, including a survey on comparative law taking into account the national laws of forty out of the forty-seven member States of the Council of Europe, it would appear that

(a) in twenty-five member States, prisoners are, at least in some circumstances, required to work, namely Azerbaijan, the Czech Republic,

Estonia, Finland, Georgia, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Norway, Poland, Montenegro, Russia, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, Ukraine and the United Kingdom;

(b) twenty-two member States give prisoners access to the old-age pension system, namely Albania, Andorra, Azerbaijan, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Finland, France, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Norway, Portugal, Russia, Slovakia, Slovenia, Switzerland, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Turkey, Ukraine and the United Kingdom. In some of these States, prisoners are not automatically covered by the insurance scheme (by way of compulsory contributions or tax deduction) but only have the possibility of paying voluntary contributions;

(c) in twelve member States, prisoners are not covered by an old-age pension scheme, namely Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Estonia, Georgia, Greece, Hungary, Malta, Montenegro, the Netherlands, Romania and Serbia;

(d) in a third group of member States, affiliation to the social security system (including old-age pension) depends on the type of work performed, mainly on whether it is work for outside employers/remunerated work or not. This is the case in Germany, Luxembourg, Poland, Spain and Sweden. In Denmark, entitlement to an old-age pension is not related to work and payment of contributions. All persons of pensionable age are entitled to receive a basic pension; and

(e) thirty-seven member States, that is, an absolute majority, provide prisoners, or at least certain categories of prisoners, with some access to social security protection, either by affiliating them to the general social security system or parts of it, or by providing them with a specific type of insurance or other protection.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1

61. The applicant complained that the exemption of those engaged in prison work from affiliation to the old-age pension system was discriminatory. He relied in substance on Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

62. Article 14 provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

63. Article 1 of Protocol No. 1 provides:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

## A. The parties’ submissions

### 1. *The applicant*

64. The applicant referred to the principle that deprivation of liberty was a punishment in itself and that measures concerning a prisoner should not aggravate the suffering inherent in imprisonment. He argued that the exclusion of working prisoners from affiliation to the old-age pension system was contrary to that principle as it produced long-term effects going beyond the serving of the prison term.

65. Furthermore, he asserted that working prisoners were in the same situation as other employees as regards the need to provide for their old age through social insurance. The domestic courts’ interpretation of section 4(2) of the General Social Security Act, namely that a distinction had to be drawn between voluntary work on the basis of a regular employment contract and prisoners’ work performed in fulfilment of their statutory obligation to work, was not a convincing reason for their exclusion from affiliation to the old-age pension system.

66. The two situations were not fundamentally different in the applicant’s submission. In reality, the vast majority of people at liberty were also obliged to work, if not by law, by the necessity of earning a livelihood. Work, whether performed in or outside the prison context, always served a variety of purposes going beyond the financial aspect of remuneration. The types of work performed by prisoners were not fundamentally different from the types of work performed by other persons. In sum, the exclusion of working prisoners from affiliation to the old-age pension system was not based on any factual difference and therefore required justification.

67. In the applicant’s view, no such justification existed. Firstly, the exclusion of working prisoners from affiliation to the old-age pension



system did not serve any legitimate aim. In so far as the Government had referred to the strained financial situation of the social security system, mere budgetary considerations could not suffice to exclude a vulnerable group from social protection.

68. Secondly, the applicant maintained that the Government had not shown objective and reasonable grounds for the difference in treatment. In particular, he contested the Government's argument that working prisoners could not pay meaningful contributions and that counting periods of prison work as insurance periods would therefore grant prisoners an unjustified privilege as compared to regular employees who had to pay full social security contributions. Since, pursuant to section 51 of the Execution of Sentences Act, the State received the proceeds from the work of prisoners, it could reasonably be expected to pay social security contributions. The Government's further argument as to whether or not periods of detention could justifiably be regarded as substitute periods was therefore of no relevance.

69. In respect of the possibility for prisoners to make voluntary contributions to the pension scheme under section 17 of the General Social Security Act, the applicant argued that many prisoners did not fulfil the requirement of having accumulated a sufficient number of insurance months in previous periods. Moreover, the costs of voluntary insurance normally exceeded the limited financial resources of prisoners, as 75% of their modest remuneration for work was used as a contribution to the costs of serving their sentence, pursuant to section 32 of the Execution of Sentences Act.

## *2. The Government*

70. The Government argued first and foremost that the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system was not discriminatory within the meaning of Article 14 of the Convention, as working prisoners were not in an analogous situation to regular employees.

71. They gave a detailed description of the organisation of prison work in Austria, underlining that prison work served the primary purpose of reintegration and resocialisation. They noted that the relevant Council of Europe standards, as well as the latest report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in respect of Austria, acknowledged the importance of work for providing prisoners with an opportunity to preserve or improve their professional qualifications, giving them a purposeful activity and a structured daily routine to make their prison term more bearable and preparing them to take up regular employment after release.

72. Prisoners were obliged to work pursuant to section 44(1) of the Execution of Sentences Act and prison authorities were under an obligation to provide them with suitable work in accordance with section 45(1) of that Act. On account of prison conditions, prisoners worked an average of six hours per day. Although this was not required by any provision of the Convention, prisoners received remuneration. The amounts were fixed by law and varied between EUR 5.00 and EUR 7.50 per hour according to the type of work performed. Periods spent by prisoners undergoing therapeutic or social treatment were regarded as working hours up to a maximum of five hours per week. This was clearly a beneficial form of treatment, underlining that resocialisation was the aim of prison work. The fact that part of the remuneration was used as a maintenance contribution was not at variance with the Convention.

73. In sum, regarding its nature and aim, prison work differed considerably from regular employment. The former, corresponding to a statutory obligation, was geared to resocialisation and reintegration, while the latter was based on an employment contract and served the purpose of securing a person's subsistence and professional advancement. Consequently, treating periods of prison work differently for the purpose of old-age pension insurance was not only justified but was required by the different factual situation. Counting periods for which no contributions were made as insurance periods would give working prisoners an unjustified advantage over regular employees.

74. The legislature's decision not to count periods during which a prisoner worked as qualifying or substitute periods was likewise based on objective reasons in the Government's submission. Under the relevant provisions of the General Social Security Act, periods spent in prison were, *inter alia*, treated as qualifying periods if the person concerned had been granted compensation in respect of the detention under the Compensation (Criminal Proceedings) Act. In that case, the State had to pay the social security contributions in order to compensate the person concerned for disadvantages suffered under social security law as a result of the detention. To treat persons who were lawfully imprisoned in the same way would lead to equal treatment of unequal facts. To treat periods spent in detention as substitute periods, without payment of contributions, would also create imbalances in the social security system. Generally, the legislature considered that substitute periods were periods during which persons were prevented from making contributions on socially accepted grounds, such as school education, childbirth, unemployment, illness, military or alternative military service.

75. Moreover, it was open to prisoners to make voluntary contributions to the old-age pension system under section 17 of the General Social Security Act. That Act also provided for the possibility of reducing the amount to be paid to a lower level than that of normal contributions. However, the Government stated that, for data protection reasons, they were unable to provide statistical data on the number and proportion of prisoners making use of this possibility.

76. In the alternative, the Government argued that even assuming that working prisoners were in an analogous situation to regular employees, the difference in treatment was justified. In practice, even if prisoners were not excluded from affiliation to the old-age pension system, they would not be able to make meaningful contributions, as very often their remuneration, after deduction of the maintenance contribution, would not reach the threshold of EUR 366.33 of so-called “marginal earnings”, below which employees were in any case not covered by compulsory insurance under the General Social Security Act. Given the strained financial situation of the social security institutions, only persons who were able to make meaningful contributions could be included in the old-age pension system.

77. Moreover, Contracting States enjoyed a wide margin of appreciation in the organisation of their social security systems. Even the 2006 European Prison Rules only recommended that “[a]s far as possible, prisoners who work shall be included in national social security systems”.

78. The Government explained that since the 1993 amendment to the Unemployment Insurance Act, working prisoners had been affiliated to the unemployment insurance scheme. This amendment, which was part of a broader reform of the system of execution of sentences, had been preceded by years of intensive discussion. The decision to integrate prisoners into the unemployment insurance scheme but not the old-age pension scheme was motivated by the consideration that unemployment insurance, which encompassed not only financial benefits but access to training courses and job-finding services, was the most effective instrument for furthering prisoners’ reintegration after release. It had been seen as a first step towards including them in the social security system at large. However, as insurance under the General Social Security Act encompassed health and accident insurance plus affiliation to the old-age pension system, and prisoners’ health care and accident insurance were provided for by the prison authorities under the Execution of Sentences Act, their affiliation to the old-age pension scheme would have necessitated more complex amendments. Moreover, according to studies carried out at the time, it was considered to be the most cost-intensive factor.

79. In addition, the Government pointed out that cases such as the present one with very lengthy prison terms were extremely rare. The majority of prisoners were in a position to accumulate a sufficient number of insurance months on account of the periods worked outside prison. In the present case, the applicant had received unemployment benefits and, since their expiry, had continued to receive emergency relief payments.

80. Finally, the Austrian legislature's decision thus far not to affiliate prisoners to the old-age pension scheme provided for in the General Social Security Act did not mean that they did not enjoy any social cover. Firstly, as stated above, they were covered by the unemployment insurance scheme. Consequently, they received unemployment benefits and, upon their expiry, emergency relief payments. As a last resort, the system of social assistance provided a means-tested minimum income for persons who could not cover their basic needs by any other means. In sum, the Austrian legal system provided for a differentiated and well-balanced solution taking into account the interests of society at large on the one hand and the interests of prisoners on the other hand.

## **B. The Court's assessment**

### *1. Applicability of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1*

81. The Court reiterates that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the provisions in question. The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and its Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Article of the Convention, for which the State has voluntarily decided to provide (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 39-40, ECHR 2005-X; *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 74, ECHR 2009; and, most recently, *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, § 63, ECHR 2010).

82. According to the Court's established case-law, the principles which apply generally in cases under Article 1 of Protocol No. 1 are equally relevant when it comes to welfare benefits. In particular, this Article does

not create a right to acquire property. It places no restriction on the Contracting State's freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme, or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme. If, however, a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit – whether conditional or not on the prior payment of contributions – that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements (see *Stec and Others* (dec.), cited above, § 54; *Andrejeva*, cited above, § 77; and *Carson and Others*, cited above, § 64).

83. Moreover, in cases such as the present one, concerning a complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 that the applicant has been denied all or part of a particular benefit on a discriminatory ground covered by Article 14, the relevant test is whether, but for the condition of entitlement about which the applicant complains, he or she would have had a right, enforceable under domestic law, to receive the benefit in question (see *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 40, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, and *Willis v. United Kingdom*, no. 36042/97, § 34, ECHR 2002-IV). Although Article 1 of Protocol No. 1 does not include the right to receive a social security payment of any kind, if a State does decide to create a benefits scheme, it must do so in a manner which is compatible with Article 14 (see *Stec and Others* (dec.), cited above, § 55, and *Andrejeva*, cited above, § 79).

84. In the present case, the applicant, having reached pensionable age, claimed an old-age pension which is due as of right on condition that a minimum number of insurance months have been accumulated. The Court considers that the social security legislation at issue creates a proprietary interest falling within the scope of Article 1 of Protocol No. 1. Applying the test whether the applicant would have had an enforceable right to receive a pension had it not been for the condition of entitlement he alleges to be discriminatory, the Court notes that it is undisputed that the applicant had worked for some twenty-eight years in prison without being affiliated to the old-age pension system. His request for an old-age pension was refused on the ground that he lacked the required minimum number of insurance months. It follows that, had he been affiliated to the old-age pension system for work performed in prison, he would have accumulated the necessary number of insurance months and would consequently have been entitled to a pension.

85. The Government did not contest the applicability of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. Nevertheless, they argued that the applicant's income as a prisoner was

insufficient for him to pay contributions to the old-age pension system: following deduction of the maintenance contribution, his remuneration did not exceed the marginal earnings threshold below which any employee was exempted from compulsory insurance under the General Social Security Act. The Court considers that this argument, which is itself intrinsically linked to the applicant's position as a prisoner, cannot invalidate the conclusion reached above.

86. In conclusion, the Court finds that the applicant's claims fall within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 and the right to peaceful enjoyment of possessions which it safeguards. This is sufficient to render Article 14 applicable.

*2. Compliance with Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1*

**(a) General principles**

87. The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or "status", are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (see *Carson and Others*, cited above, § 61). Discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations. "No objective and reasonable justification" means that the distinction in issue does not pursue a "legitimate aim" or that there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised" (ibid.; see also *Andrejeva*, cited above, § 81, and *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 51, ECHR 2006-VI).

88. The Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject matter and its background. Thus, for example, Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them; indeed, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may, in the absence of an objective and reasonable justification, give rise to a breach of Article 14 (see *Andrejeva*, cited above, § 82; *Stec and Others*, cited above, § 51; and *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV).

89. Similarly, a wide margin of appreciation is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy. Because of their direct knowledge of their society and

its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation" (see *Andrejeva*, cited above, § 83; *Stec and Others*, cited above, § 52; *Carson and Others*, cited above, § 61; and, in the specific context of prisoners' rights, see also *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V).

**(b) Application of these principles to the present case**

90. The applicant complains of discrimination on account of his position as a prisoner. Although being a prisoner is not one of the grounds explicitly mentioned in Article 14, the list set out in this Article is not exhaustive and includes "any other status" (or "*toute autre situation*" in the French text) by which persons or groups of persons are distinguishable from each other. It has not been disputed in the present case that being a prisoner is an aspect of personal status for the purposes of Article 14.

*(i) Whether the applicant as a working prisoner was in a relevantly similar situation to regular employees*

91. The Court will first examine whether, in respect of affiliation to the old-age pension system under the General Social Security Act, the applicant as a working prisoner was in a relevantly similar situation to regular employees.

92. The Government laid much emphasis on the differences in aim and nature between prison work and regular employment. They underlined that prison work served the primary aim of rehabilitation and pointed to its obligatory nature, arguing that these features set the applicant's situation apart from that of ordinary employees. For his part, the applicant asserted that the obligatory nature of prison work was not decisive in the present context and that the type of work performed by prisoners did not differ in any way from the work performed by ordinary employees.

93. The Court observes that prison work differs from the work performed by ordinary employees in many aspects. It serves the primary aim of rehabilitation and resocialisation. Working hours, remuneration and the use of part of that remuneration as a maintenance contribution reflect the particular prison context. Moreover, in the Austrian system, prisoners' obligation to work is matched by the prison authorities' obligation to provide them with appropriate work. Indeed, that situation is far removed from a regular employer-employee relationship. It could be argued that,

consequently, the applicant as a working prisoner was not in a relevantly similar situation to ordinary employees.

94. However, in the Court's view, neither the fact that prison work is aimed at reintegration and resocialisation nor the obligatory nature of prison work is decisive in the present case. Furthermore, the Court considers that it is not decisive whether work is performed for the prison authorities, as in the applicant's case, or for a private employer, although in the latter case there appears to be a stronger resemblance to a regular employment relationship.

95. What is at issue in the present case is not so much the nature and aim of prison work itself but the need to provide for old age. The Court finds that in respect of this the applicant as a working prisoner was in a relevantly similar situation to ordinary employees. It therefore has to examine whether the difference in treatment in respect of affiliation to the old-age pension system under the General Social Security Act was justified. In respect of affiliation to the health and accident insurance scheme under the General Social Security Act, however, the Court would agree that the applicant as a working prisoner was in a different situation from ordinary employees since prisoners' health and accident care is provided by the State pursuant to the Execution of Sentences Act. Equally, the Court would accept that, as regards the payment of his pension, a prisoner who has already reached pensionable age is in a different situation from a pensioner who is not imprisoned, as a prisoner's livelihood is provided for by the prison authorities.

*(ii) Whether the difference in treatment pursued a legitimate aim*

96. Regarding the aim of the difference in treatment, the Government argued that working prisoners often did not have the financial means to pay social security contributions. Counting periods for which no, or at least, no meaningful contributions had been made as insurance periods giving rise to pension entitlements would create an imbalance between working prisoners and persons outside the prison context and would undermine the economic efficiency of the social security institutions, which were already facing a strained financial situation.

97. In addition, a further aim, namely that of preserving the overall consistency within the social security system, appeared to be implied in the Government's submissions. They argued that periods worked in prison could not be counted as qualifying or substitute periods as, according to the principles of Austrian social security law, such periods could only serve to compensate for periods during which no contributions were made by reason of a limited number of socially accepted activities or situations (for example, school education, childbirth, unemployment, illness, military or alternative military service).



98. The Court accepts that the aims relied on by the Government, namely preserving the economic efficiency and overall consistency of the old-age pension system by excluding from benefits persons who have not made meaningful contributions, are legitimate ones.

*(iii) Whether the difference in treatment was proportionate*

99. The Court reiterates its well-established case-law that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. It is inconceivable that a prisoner should forfeit his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction (see *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, §§ 69-70, ECHR 2005-IX, and *Dickson*, cited above, § 67). Accordingly, a person retains his or her Convention rights on imprisonment, so that any restriction on those rights must be justified in each individual case. This justification can flow, *inter alia*, from the necessary and inevitable consequences of imprisonment or from an adequate link between the restriction and the circumstances of the prisoner in question (*ibid.*, § 68).

100. It is against this background that the Court will examine whether there was a reasonable relationship of proportionality between the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system and the legitimate aims set out above. The core of the applicant's argument was that the Government had failed to provide a justification for the difference in treatment. He asserted that the main reason for prisoners' inability to pay social security contributions under the General Social Security Act was the State's own policy choice to withhold the major part of a prisoner's remuneration as a maintenance contribution.

101. The Court observes that the issue of working prisoners' affiliation to the old-age pension system is closely linked to issues of penal policy, such as the perception of the general aims of imprisonment, the system of prison work, its remuneration and the priorities in using the proceeds from it, but also to issues of social policy reflected in the social security system as a whole. In short, it raises complex issues and choices of social strategy, which is an area in which States enjoy a wide margin of appreciation, whereas the Court will only intervene when it considers the legislature's policy choice to be "manifestly without reasonable foundation" (see the case-law cited at paragraph 89 above).

102. Given the complexity of the issue, the Court finds that it cannot look at the question of prisoners' affiliation to the old-age pension system in

isolation but has to see it as one feature in the overall system of prison work and prisoners' social cover.

103. As has been observed above, in the Austrian system prisoners are under an obligation to work, while the prison authorities are obliged to provide prisoners with appropriate work. The Court notes as a positive feature of that system that more than 70% of the prison population are currently working. Working hours are adapted to the prison context, including certain favourable measures such as counting time spent in therapeutic or social treatment as working time up to five hours per week. Moreover, prisoners receive remuneration for their work, of which 75% is, however, deducted as a maintenance contribution. The Court notes in the first place that collecting such a contribution is not in itself at variance with the Convention (see *Puzinas v. Lithuania* (dec.), no. 63767/00, 13 December 2005, concerning a complaint under Article 1 of Protocol No. 1 about the deduction of a 25% contribution from a prisoner's salary). While the percentage in the present case appears rather high, it can nevertheless not be regarded as unreasonable taking into account the general costs of maintaining prisons and the fact that a prisoner's entire livelihood, including health and accident insurance, is provided for by the State.

104. Turning to prisoners' social cover, the Court reiterates that when defining the breadth of the margin of appreciation, a relevant factor may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 38, *Reports* 1998-II).

105. The Court observes that although there is no European consensus on the matter, there is an evolving trend: in contrast to the 1987 European Prison Rules, the 2006 European Prison Rules not only contain the principle of normalisation of prison work but also explicitly recommend in Rule 26.17 that "[a]s far as possible prisoners who work shall be included in national social security systems" (see paragraph 56 above). However, the Court notes that the wording used in Rule 26.17 is cautious ("[a]s far as possible") and refers to inclusion in national social security systems in general terms. Moreover, while an absolute majority of Council of Europe member States provide prisoners with some kind of social security, only a small majority affiliate prisoners to their old-age pension system, some of them, like Austria, only by giving them the possibility of making voluntary contributions. A minority do not include prisoners in the old-age pension system at all (see paragraph 60 above).

106. It is thus only gradually that societies are moving towards the affiliation of prisoners to their social security systems in general and to their old-age pension systems in particular. Austrian law reflects this trend

in that all prisoners are to be provided with health and accident care. In addition, working prisoners have been affiliated to the unemployment insurance scheme since 1 January 1994, following the 1993 amendment to the Unemployment Insurance Act which formed part of a broader reform of the system of execution of sentences. As the Government explained, the reason for that decision was that the legislature considered unemployment insurance to be the most efficient instrument for assisting prisoners' reintegration upon release as, in addition to payment of unemployment benefits, it granted access to a whole range of training and job-search facilities. At the time of the 1993 reform, affiliation to the old-age pension system had been envisaged, but it has so far not been put in place as a result of the strained financial situation of the social security institutions.

107. Turning to the applicant's situation, the Court observes that he worked for lengthy periods in prison (see paragraph 10 above). It follows from the domestic authorities' decisions in the present case that his periods without insurance cover occurred between the 1960s and the 1990s. The Court attaches weight to the fact that at the material time there was no common ground regarding the affiliation of working prisoners to domestic social security systems. This lack of common ground was reflected in the 1987 European Prison Rules, which did not contain any provision in this regard.

108. The Government argued that very lengthy prison terms were rare and that, consequently, the majority of prisoners had the possibility of accumulating a sufficient number of insurance months for work performed outside prison and were therefore not deprived of an old-age pension. The Court does not consider it necessary to examine this argument in detail. It would rather attach weight to the fact that the applicant, although not entitled to an old-age pension, was not left without social cover. Following his release from prison, he received unemployment benefits and subsequently emergency relief payments, to which he was entitled on account of having been covered by the Unemployment Insurance Act as a working prisoner. According to his own submissions, the applicant currently still receives emergency relief payments complemented by social assistance in the form of a housing allowance. His monthly income currently amounts to approximately EUR 720 and thus almost reaches the level of a minimum pension, which is currently fixed at approximately EUR 780 for a single person.

109. On the basis of the facts of the present case and all the information before it, the Court finds that the system of prison work and the social cover associated with it taken as whole is not "manifestly without reasonable foundation". In a context of changing standards, a Contracting State cannot

be reproached for having given priority to the insurance scheme, namely unemployment insurance, which it considered to be the most relevant for the reintegration of prisoners upon their release.

110. While the respondent State is required to keep the issue raised by the present case under review, the Court finds that by not having affiliated working prisoners to the old-age pension system to date, it has not exceeded the margin of appreciation afforded to it in that matter.

111. It follows that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 4 OF THE CONVENTION

112. The applicant alleged that since he was not affiliated to the old-age pension system for work performed as a prisoner, such work could not be regarded as falling under the terms of Article 4 § 3 (a) and therefore violated Article 4 § 2 of the Convention.

The relevant parts of Article 4 read as follows:

- “1. No one shall be held in slavery or servitude.
- 2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.
- 3. For the purpose of this Article the term ‘forced or compulsory labour’ shall not include:
  - (a) any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of [the] Convention or during conditional release from such detention;
  - ...”

### A. The parties’ submissions

113. The applicant asserted that the prison work performed by him clearly amounted to “forced or compulsory labour” within the meaning of Article 4 § 2 of the Convention. He referred to ILO Convention No. 29, according to which “forced or compulsory labour” meant all “work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily”. In that connection, he pointed out that prisoners in Austria were obliged to work pursuant to section 44 of the Execution of Sentences Act and that it was a punishable offence under sections 107(1) and 109 of that Act if a prisoner refused to work.

114. While conceding that the obligation to work as a prisoner could be justified by Article 4 § 3 (a), he submitted that, by today’s standards, prison work without affiliation to the old-age pension system could not be

regarded as “work required to be done in the ordinary course of detention” within the meaning of that provision. Consequently, the fact that he had to work as a prisoner without being affiliated to the old-age pension system violated Article 4 of the Convention.

115. For their part, the Government argued that prison work fell outside the scope of Article 4 as it was covered by the exception to the prohibition of forced or compulsory labour contained in Article 4 § 3 (a). Consequently, the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system did not raise an issue under Article 4 of the Convention.

## **B. The Court’s assessment**

### *1. General principles*

116. The Court reiterates that Article 4 enshrines one of the fundamental values of democratic societies. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 4 § 1 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 112, ECHR 2005-VII, and *Rantsev v. Cyprus and Russia*, no. 25965/04, § 283, ECHR 2010).

117. Article 4 § 2 of the Convention prohibits “forced or compulsory labour”. In interpreting Article 4, the Court has in previous cases taken into account the relevant ILO Conventions, which are binding on almost all of the Council of Europe member States, including Austria, and especially the 1930 Forced Labour Convention (No. 29) (see *Van der Musselle v. Belgium*, 23 November 1983, § 32, Series A no. 70, and *Siliadin*, cited above, § 115).

118. The Court noted in those cases that there was in fact a striking similarity, which was not accidental, between paragraph 3 of Article 4 of the Convention and paragraph 2 of Article 2 of ILO Convention No. 29. Paragraph 1 of the last-mentioned Article provides that “for the purposes” of the latter Convention, the term “forced or compulsory labour” means “all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily” (see *Siliadin*, cited above, § 116). The Court regarded this definition as a starting-point for the interpretation of Article 4 of the Convention but noted that sight should not be lost of the Convention’s special features or of the fact that it was a living instrument to be read “in the light of the notions currently prevailing in democratic States” (see *Van der Musselle*, cited above, § 32).

119. Article 4 § 3 (a) of the Convention indicates that the term “forced or compulsory” labour does not include “any work required to be done in the ordinary course of detention”.

120. The Court has noted the specific structure of Article 4. Paragraph 3 is not intended to “limit” the exercise of the right guaranteed by paragraph 2, but to “delimit” the very content of that right, for it forms a whole with paragraph 2 and indicates what the term “forced or compulsory labour” is not to include (“*n’est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire*”). This being so, paragraph 3 serves as an aid to the interpretation of paragraph 2. The four subparagraphs of paragraph 3, notwithstanding their diversity, are grounded on the governing ideas of general interest, social solidarity and what is normal in the ordinary course of affairs (see *Van der Musselle*, cited above, § 38; see also *Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 July 1994, § 22, Series A no. 291-B, and *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 44, ECHR 2006-VIII).

121. The Court’s case-law concerning prison work is scarce. In one of its early judgments the Court had to consider the work a recidivist prisoner was required to perform, his release being conditional on accumulating a certain amount of savings. While accepting that the work at issue was obligatory, the Court found no violation of Article 4 of the Convention on the ground that the requirements of Article 4 § 3 (a) were met. In the Court’s view, the work required “did not go beyond what is ‘ordinary’ in this context since it was calculated to assist him in reintegrating himself into society and had as its legal basis provisions which find an equivalent in certain other member States of the Council of Europe” (see *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 24 June 1982, § 59, Series A no. 50, with reference to *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 18 June 1971, §§ 89-90, Series A no. 12).

122. In respect of prisoners’ remuneration and social cover, the Court refers to the decision by the European Commission of Human Rights in *Twenty-One Detained Persons v. Germany* (nos. 3134/67, 3172/67 and 3188-3206/67, Commission decision of 6 April 1968, Collection 27, pp. 97-116), in which the applicants, relying on Article 4, complained that they were refused adequate remuneration for the work which they had to perform during their detention and that no contributions under the social security system were made for them by the prison authorities in respect of the work done. The Commission declared their complaint inadmissible as being manifestly ill-founded. It noted that Article 4 did not contain any provision concerning the remuneration of prisoners for their work. Moreover, it referred to its consistent case-law, which had rejected as being inadmissible any applications by prisoners claiming higher payment for their work or claiming the right to be covered by social security systems.

123. The Court had to examine a similar complaint from a somewhat different angle in *Puzinas* (cited above). The applicant complained under Articles 4 and 14 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 1 that the domestic social security legislation was inadequate in that it did not permit prisoners to claim a pension or any other social benefits for prison work. The Court examined the complaint in the first place under Article 1 of Protocol No. 1, noting that it was undisputed that the applicant was not entitled to any pension or social benefits under the relevant domestic legislation. Finding that the applicant therefore had no possessions within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 regarding his future entitlement to or the amount of a pension, the Court rejected the complaint under this provision, as well as under the other provisions relied on, as being incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

## *2. Application to the present case*

124. The Court has to examine whether the applicant in the present case had to perform “forced or compulsory labour” contrary to Article 4 of the Convention. The Court notes that the applicant was under an obligation to work in accordance with section 44(1) of the Execution of Sentences Act. Refusal to perform the work assigned to him constituted an offence under section 107 of that Act, punishable under section 109 by penalties ranging from a reprimand to solitary confinement.

125. Taking the definition of “forced or compulsory labour” contained in Article 2 § 1 of ILO Convention No. 29 as a starting-point for the interpretation of Article 4 § 2 of the Convention (see *Van der Musselle*, cited above, §§ 32-34), the Court has no doubt that the applicant was performing work for which he had not offered himself voluntarily under the menace of a penalty.

126. While this does not appear to be in dispute between the parties, they differ in their view as to whether his work was covered by the terms of Article 4 § 3 (a) of the Convention, which exempts “work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of [the] Convention” from the term “forced or compulsory labour”. The Government answered the question in the affirmative, concluding that the work performed by the applicant as a prisoner did not fall within the scope of Article 4. The applicant for his part asserted that prison work without affiliation to the old-age pension system was not covered by the provision in question. Therefore, it constituted “forced or compulsory labour” in violation of Article 4 § 2.

127. The Court has not yet had an opportunity to examine the question whether Article 4 requires Contracting States to include working prisoners

in the social security system. It notes that the above-mentioned decision of the Commission in *Twenty-One Detained Persons* (cited above), which answered the question in the negative, dates from 1968. The Court will therefore have to assess whether the position adopted in that decision is still valid in respect of the work performed by the applicant as a prisoner without being affiliated to the old-age pension system.

128. The wording of the Convention does not give any indication as regards the issue of working prisoners' affiliation to the national social security system. However, in establishing what is to be considered "work required to be done in the ordinary course of detention", the Court will have regard to the standards prevailing in member States (see *Van Droogenbroeck*, cited above, § 59).

129. The applicant relies in essence on the Court's doctrine that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, for instance, *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 31, Series A no. 26; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 75, ECHR 2002-VI; and *Van der Mussele*, cited above, § 32). He appears to be arguing that European standards have changed to such an extent that prison work without affiliation to the old-age pension system can no longer be regarded as "work required to be done in the ordinary course of detention".

130. The Court notes that the applicant worked for lengthy periods in prison, starting in the 1960s. At that time the Commission, in its decision in *Twenty-One Detained Persons* (cited above), held that Article 4 of the Convention did not require working prisoners to be affiliated to the social security system. The 1987 European Prison Rules remained silent on the issue of working prisoners' affiliation to the social security system. The Court acknowledges that, subsequently, significant developments have taken place in the field of penal policy. These developments are reflected in the 2006 European Prison Rules, which contain the principle of normalisation of prison work as one of the basic principles. More specifically in the present context, Rule 26.17 of the 2006 Rules provides that "[a]s far as possible, prisoners who work shall be included in national social security systems".

131. However, having regard to the current practice of the member States, the Court does not find a basis for the interpretation of Article 4 advocated by the applicant. According to the information available to the Court, while an absolute majority of Contracting States affiliate prisoners in some way to the national social security system or provide them with some specific insurance scheme, only a small majority affiliate working prisoners



to the old-age pension system. Austrian law reflects the development of European law in that all prisoners are provided with health and accident care and working prisoners are affiliated to the unemployment insurance scheme but not to the old-age pension system.

132. In sum, it appears that there is not sufficient consensus on the issue of the affiliation of working prisoners to the old-age pension system. While Rule 26.17 of the 2006 European Prison Rules reflects an evolving trend, it cannot be translated into an obligation under Article 4 of the Convention. Consequently, the obligatory work performed by the applicant as a prisoner without being affiliated to the old-age pension system has to be regarded as “work required to be done in the ordinary course of detention” within the meaning of Article 4 § 3 (a).

133. The Court concludes that the work performed by the applicant was covered by the terms of Article 4 § 3 (a) of the Convention, and did not therefore constitute “forced or compulsory labour” within the meaning of Article 4 § 2 of the Convention.

134. Consequently, there has been no violation of Article 4 of the Convention.

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION TAKEN IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 4

135. The Court notes that the applicant relied mainly on Article 4 alone, but also referred to Article 14, however without submitting any separate arguments under Article 14 taken in conjunction with Article 4.

136. The Court finds that its examination under Article 4 alone covers all aspects of the issue raised by the applicant’s complaint. The Court therefore considers that there is no need to examine the applicant’s complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4.

### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by ten votes to seven that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1;
2. *Holds* by sixteen votes to one that there has been no violation of Article 4 of the Convention;
3. *Holds* unanimously that there is no need to examine the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 4.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 July 2011.

Vincent Berger  
Jurisconsult

Jean-Paul Costa  
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 De Gaetano;
- (b) joint partly dissenting opinion of Judges Tulkens, Kovler, Gyulumyan, Spielmann, Popović, Malinverni and Pardalos;
- (c) partly dissenting opinion of Judge Tulkens.

J.-P.C.  
V.B.

## CONCURRING OPINION OF JUDGE DE GAETANO

1. I have voted with the majority under all three heads of the operative part of the judgment. Nevertheless, I cannot share fully the reasoning embraced by the majority in connection with the first two heads.

2. The majority have found that there was no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 because the difference in treatment pursued a legitimate aim (see paragraphs 96-98 of the judgment) and was proportionate (see paragraphs 99-110). In my view, the Court need not have gone so far. Contrary to what is suggested in paragraph 95, the General Social Security Act is not intended “to provide for old age” generally, but only to make provision for, *inter alia*, an old-age pension for persons who are gainfully employed. By no stretch of the imagination can the applicant be considered to have been, while in prison, “gainfully employed”, the notion of gainful employment implying a measure of contribution to the national economy. In my view, therefore, the applicant, as a prisoner working in the prison kitchen or prison bakery, was simply *not* in a relevantly similar situation to ordinary employees (a point which is only hesitantly referred to in paragraph 93 of the judgment and then discarded). The position *might* have been different if he were performing work (whether within the prison confines or without) for a private person or company; or if he were engaged in producing things which the prison authorities then sell on the open market in direct competition with other producers; but that is not the case here.

3. As for the finding of no violation of Article 4, the majority decision seems to be based on the fact that “there is not sufficient consensus on the issue of the affiliation of working prisoners to the old-age pension system” (see paragraphs 132 and 131 *passim*). Again, I fail to follow the reasoning. Work which is excepted under Article 4 § 3 (because it is required to be done “in the ordinary course of detention”) does not cease to be so excepted because it is paid or unpaid, or because the prisoner is or is not affiliated to a pension scheme. Nor do the European Prison Rules (of 1987 and 2006) come into the picture in the instant case. What one has to look at is the nature of the work performed by the applicant. In this case, the applicant was not made to stand by the side of a public road to break stones with a sledgehammer – he worked in the prison kitchen and prison bakery, which must surely rank as an “ordinary” contribution to the work that must necessarily be carried out in any community by its members, be that community domestic, monastic or penal. In the light of the above, I cannot share the reasoning in paragraphs 129 to 132 of the judgment.

JOINT PARTLY DISSENTING OPINION OF  
JUDGES TULKENS, KOVLER, GYULUMYAN, SPIELMANN,  
POPOVIĆ, MALINVERNI AND PARDALOS

(Translation)

We do not share the position of the majority that there has been *no* violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 in the present case. Instead, we believe that the applicant, who spent twenty-eight years in prison and worked there for lengthy periods, was discriminated against in that he was not affiliated to the old-age pension system on account of his status as a prisoner.

1. First of all, we would emphasise that we fully agree with the majority that the applicant, as a working prisoner, was in a *relevantly similar* situation to ordinary employees as regards the need for old-age insurance cover (see paragraph 95 of the judgment). Here, the judgment explicitly, and rightly, rejects the Government’s contention that working prisoners were not in a similar situation to other employees, notably because of the difference in the nature and aims of prison work, which was mandatory and pursued the aims of social reintegration and rehabilitation.

2. Where we depart from the majority is in the assessment of whether the difference in treatment to which the applicant was subjected in respect of affiliation to the old-age pension system under the General Social Security Act was justified in terms of the requirements of the Convention. In our view, it was not.

3. With regard, firstly, to the *legitimate aim* pursued by the difference in treatment, the judgment refers to “preserving the economic efficiency and overall consistency of the old-age pension system by excluding from benefits persons who have not made meaningful contributions” (see paragraph 98 of the judgment). Although it is of course reasonable to take economic realities into account, it must nevertheless be acknowledged that there has been a gradual trend in the Court’s recent case-law towards attaching considerable importance to them, sometimes to the detriment of fundamental rights (see *N. v. the United Kingdom* [GC], no. 26565/05, ECHR 2008; *Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, ECHR 2008; and *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, ECHR 2010). Furthermore, strictly speaking, the “economic well-being of the country” found in Article 8 of the Convention does not appear as such in Article 1 of Protocol No. 1, which refers more broadly to the public interest.

4. Next, with regard to the question of *proportionality*, the judgment begins with an emphatic reminder of the Court’s well-established case-law

to the effect that “prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. It is inconceivable that a prisoner should forfeit his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction” (see paragraph 99 of the judgment). Nevertheless, in applying this approach to the present case, the majority head off in a different direction.

5. The judgment relies to a large extent on the *margin of appreciation* which the State must be afforded, one of the relevant factors in which may be the existence or non-existence of common ground between the legal systems of the Contracting States (see paragraph 104 of the judgment). We would observe that there is nowadays an evolving trend in the Council of Europe member States towards the affiliation of working prisoners to national social security systems. The 2006 European Prison Rules reflect the position of all the Council of Europe member States in terms of policy<sup>1</sup>. On the basis of Rules 64 and 65 of the 1987 European Prison Rules, they lay down the principle of normalisation of detention conditions as the basis of policy on execution of sentences<sup>2</sup>. They explicitly recommend that “[a]s far as possible, prisoners who work [should] be included in national social security systems” (Rule 26.17). This trend is gradually reducing the margin of appreciation which States may enjoy in this area. While they still retain a choice in respect of the policies to be implemented and the timing of any legislative changes (see *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, §§ 36-42, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, and *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 63-65, ECHR 2006-VI), they cannot disregard such a trend altogether.

6. We are struck by the lack of flexibility in the system applied in the applicant’s case. Section 4(2) of the General Social Security Act, as interpreted by the domestic courts, provides for the *automatic* exclusion of working prisoners from the compulsory old-age pension system. The applicant thus worked for twenty-eight years as a prisoner without ever having been affiliated to the system. Besides the consideration that working prisoners are in a different situation from ordinary employees in that they

1. Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the European Prison Rules, adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers’ Deputies.

2. The concept of normalisation is defined as bringing detention conditions closer to parity with the standards of free society, in both social and legal terms (see W. Lesting, *Normalisierung im Strafvollzug. Potential und Grenzen des §3 Absatz 1 StVollzG*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1988, and E. Shea, “Les Paradoxes de la Normalisation du Travail Pénitentiaire en France et en Allemagne”, in *Déviance et Société*, vol. 29, no. 3, 2005, pp. 349 et seq.).

do not perform work on the basis of an employment contract but by virtue of a statutory obligation, the exclusion is mainly based on the premise that prisoners do not have the necessary means to pay contributions to the old-age pension system. However, this situation is a result of the State's deliberate policy choice to withhold 75% of a working prisoner's remuneration as a maintenance contribution, a percentage which is particularly high<sup>1</sup>. Prisoners are thus in a sense "condemned" to be unable to pay sufficient contributions.

7. While deducting a maintenance contribution from a prisoner's remuneration is not in itself at variance with the Convention (see *Puzinas v. Lithuania* (dec.), no. 63767/00, 13 December 2005), the high percentage of this contribution in the Austrian system leaves virtually no room for contributions to the social security system, apart from a small percentage for the payment of contributions to the unemployment insurance scheme. In our view, there is a lack of balance between the possible public interest in ensuring that prisoners contribute towards the costs incurred by the community as a result of their imprisonment and the individual prisoner's interest in providing for old age. Nowadays, because of the long-term sentences being imposed in many countries, the presence of an older prison population is a new sociological reality which will necessarily raise the question of old-age pensions for such prisoners at the time of their release. The applicant's case is a good example. He has spent twenty-eight years of his life in prison and was released at the age of sixty-six.

8. Admittedly, the applicant was not left without any social cover. Since the 1993 amendment to the Unemployment Insurance Act, working prisoners have been affiliated to the unemployment insurance scheme, which the legislature considered at that time to be the most effective instrument for encouraging prisoners' reintegration after release. However, as the Government acknowledged, the Austrian legislature itself regarded this amendment as only a *first step* towards full integration of working prisoners into the social security system (see paragraph 78 of the judgment). Yet despite that intention, the issue of working prisoners' affiliation to the old-age pension system has not been discussed subsequently.

9. From a judicial perspective, the applicant brought his case before the courts in 2001 and the Supreme Court gave judgment in 2002. In finding that the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system was not discriminatory, the domestic courts limited themselves to referring to the Supreme Court's leading case on the issue, a judgment

---

1. See A. Pilgram, "Austria", in D. van Zyl Smit and S. Snacken (eds.), *Prison Labour: Salvation or Slavery? International Perspectives*, Onati International Series in Law and Society, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 21.

delivered in 1990 – more than twenty years ago now. They did not consider it necessary to re-examine whether the non-affiliation of working prisoners was still proportionate to any legitimate aims pursued, nor did they make an assessment of the applicant's particular circumstances.

10. Regarding the applicant's current situation, he continues to receive emergency relief payments (to which he is entitled on account of having been covered by the Unemployment Insurance Act as a working prisoner), supplemented by social assistance for persons who are otherwise unable to provide for their basic needs. However, in our view, neither the emergency relief payments nor the social assistance can be compared to an old-age pension granted on the basis of the number of years worked and the contributions paid. The former constitute assistance, whereas the latter is a right. *The difference is significant in terms of respect for human dignity.* Social security forms an integral part of human dignity. In addition, it is now acknowledged in modern penology that social rehabilitation implies the development of personal responsibility. Lastly, as regards access to social services, the European Committee of Social Rights has highlighted former prisoners as a vulnerable group.

11. In these circumstances, we consider that the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system creates a distinction between prisoners and ordinary employees, which risks producing – and in the applicant's case actually produces – a long-term effect going well beyond the legitimate requirements of serving a particular prison term. Some writers have had no hesitation in referring to this as *double punishment*<sup>1</sup>. Such a situation sits ill with the idea that prisoners should not suffer any restriction of their rights beyond the necessary and inevitable consequences of imprisonment. Moreover, it does not serve the aim of rehabilitation, on which, by the Government's own assertion, the system of prison work is based.

12. The Grand Chamber's judgment does, however, leave an opening for the future. The Grand Chamber takes note of the context of changing standards and finds that while, as matters currently stand, the respondent State has not exceeded the margin of appreciation afforded to it in this area by not affiliating working prisoners to the old-age pension system, it is called upon to keep the situation under review (see paragraph 110 of the judgment). Prisoners, it must be emphasised, have been recognised by the Court itself as persons in a vulnerable situation (see, for example, *Algür v. Turkey*, no. 32574/96, § 44, 22 October 2002; *Mikadze v. Russia*,

1. See "Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus: une double peine ?", V. van der Plancke and G. Van Limberghen (eds.), in *Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, no. 16, Brussels, La Chartre, 2010.

no. 52697/99, § 109, 7 June 2007; *Renolde v. France*, no. 5608/05, § 93, ECHR 2008; and *Aliev v. Georgia*, no. 522/04, § 97, 13 January 2009). Today, the right to an old-age pension forms part of the social pact between citizens and the State.



## PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE TULKENS

(*Translation*)

1. I consider that in this case there were sound reasons for finding a violation of Article 4 of the Convention, which prohibits forced labour. This position is all the more compelling as the Court has found no violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention.

2. Admittedly, Article 4 § 3 (a) specifies that “forced or compulsory labour” does not include *any work required to be done in the ordinary course of detention* (“*tout travail requis normalement d’une personne soumise à la détention*”). However, this provision, incorporated in the Convention in 1950, must be interpreted in the light of the present-day situation. More specifically, the concepts used in the Convention are to be understood in the sense given to them by democratic societies today.

3. It has long been the Court’s position that “[g]iven that [the Convention] is a law-making treaty, it is ... necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties”<sup>1</sup>. Such an interpretation is guided by the Preamble to the Convention, which refers to the maintenance and further realisation of rights and freedoms. “Maintenance” requires the Court to ensure in particular that the rights and freedoms set out in the Convention continue to be effective in changing circumstances. “Further realisation” allows for a degree of innovation and creativity, which may extend the scope of the Convention guarantees. Moreover, in the *Golder* judgment, the Court provided the following clarification regarding the teleological method: “This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the *very terms* of the first sentence of Article 6 § 1 read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a law-making treaty.”<sup>2</sup> The same reasoning can be followed in relation to Article 4 § 3 (a).

4. This approach has had natural consequences. The Court subsequently developed the idea/principle of effective protection of the rights enshrined in the Convention<sup>3</sup>. Since then, the effectiveness theory has become the basis for the protection of the Convention rights and freedoms. These rights

1. See *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, p. 23, § 8, Series A no. 7.

2. See *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 36, Series A no. 18.

3. See *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 July 1968, p. 32, § 5, Series A no. 6.

must be given “their full scope” since the purpose of the Convention is to guarantee rights that are not theoretical or illusory but practical and effective.

5. In relation to Article 4 of the Convention, the judgment rightly notes that the Court’s case-law concerning prison work is scarce. Indeed, in the sphere of prisoners’ remuneration and social cover, the only relevant decision is that by the European Commission of Human Rights in the case of *Twenty-One Detained Persons v. Germany* (nos. 3134/67, 3172/67 and 3188-3206/67, Commission decision of 6 April 1968, Collection 27, pp. 97-116), in which the application was declared manifestly ill-founded.

6. More than forty years have passed since the above-mentioned inadmissibility decision and prison law – which at the time was virtually non-existent – has developed considerably during this period. Traditionally regarded as an area outside the law, prisons have gradually opened up to fundamental rights, to the benefit not only of prisoners but also of the prison authorities and their staff. Thus, regarding the same issue of prisoners’ remuneration which formed the subject of the Commission’s 1968 inadmissibility decision referred to in the previous paragraph, it is interesting to note that thirty years later, in a judgment of 1 July 1998, the German Federal Constitutional Court held, on the contrary, that since the State had a constitutional duty to promote prisoners’ social rehabilitation and had chosen compulsory prison work as one of the means of achieving that aim, it had to ensure appropriate remuneration for such work, which could not yield the expected results unless it was properly rewarded<sup>1</sup>. Although the Constitutional Court did not specify the amount that would constitute an appropriate reward, it held that it was unconstitutional to pay prisoners low wages that bore no relation to the value of the work performed or to the minimum wage in the outside world. The guiding principle is that of *human dignity*<sup>2</sup>. Similarly, Rule 26.10 of the 2006 European Prison Rules emphasises the need for equitable remuneration for prisoners.

7. In Austria, as we have seen, prisoners are obliged to work pursuant to section 44 of the Execution of Sentences Act; furthermore, refusal to work constitutes an offence under sections 107(1) and 109 of the same Act, carrying penalties ranging from a reprimand to solitary confinement. This situation thus clearly entails – as was not disputed – work under the menace of a penalty within the meaning of the International Labour Organization Forced Labour Convention (No. 29), and hence forced or compulsory labour.

---

1. BverfG – 2 BvR 441/90, 1 July 1998.

2. D. van Zyl Smit and S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 192.

8. In such a context, can it really still be maintained in 2011, in the light of current standards in the field of social security, that prison work without affiliation to the old-age pension system constitutes work that a person in detention may *normally* be required to do? I do not think so. This, in my view, is the fundamental point. Nowadays, work without adequate social cover can no longer be regarded as normal work. It follows that the exception provided for in Article 4 § 3 (a) of the Convention is not applicable in the present case. *Even a prisoner cannot be forced to do work that is abnormal.* In the examination of the case under Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, moreover, the judgment notes explicitly that “the applicant as a working prisoner was in a relevantly similar situation to ordinary employees” (see paragraph 95 of the judgment).

9. If we are to give any meaning to the famous phrase from the 1984 *Campbell and Fell* judgment that “justice cannot stop at the prison gate”<sup>1</sup>, it is important to take account of developments in the member States, as reflected, for example, in the 2006 European Prison Rules, which refer to normalisation of prison work as one of the basic principles in this sphere and one which has guided reforms in certain member States<sup>2</sup>.

10. In finding no violation of Article 4 of the Convention, the judgment relies to a decisive extent on the lack of a sufficient *consensus* among member States on the issue of working prisoners’ affiliation to the old-age pension system (see paragraph 132 of the judgment). This argument, to my mind, raises two difficulties. The first is of a factual nature. Nowadays, with the development of long-term prison sentences, the profile of prisoners has changed and the reality is that prisons house increasing numbers of older inmates. Whereas for younger prisoners, the requirements of social rehabilitation encompass health and accident cover and affiliation to the unemployment insurance scheme, for older prisoners they also include the guarantee of an old-age pension. The second difficulty is of a legal nature. What role is there in the present case for a European consensus, the main function of which is to determine the extent of the margin of appreciation? The flexibility inherent in the margin of appreciation is admittedly an essential factor, but, as the Court has frequently repeated, it must go hand in hand with European supervision. Such supervision was lacking in the present case.

---

1. See *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, § 69, Series A no. 80.

2. Thus, for example, in Belgium, the Law of 12 January 2005 establishing the principles governing the prison service and the legal status of prisoners is part of the reform aimed at normalising prison work by making it as similar as possible to employment in the community and requiring its inclusion in the social security system.



STUMMER c. AUTRICHE  
*(Requête n° 37452/02)*

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 7 JUILLET 2011<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Arrêt rendu par la Grande Chambre après dessaisissement d'une chambre en vertu de l'article 30 de la Convention.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Refus de prendre en compte les périodes de travail accomplies en prison pour le calcul des droits à pension de retraite****Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1**

*Discrimination – Droit au respect de ses biens – Refus de prendre en compte les périodes de travail accomplies en prison pour le calcul des droits à pension de retraite – Comparabilité de la situation des détenus travaillant en prison et de celle des salariés ordinaires relativement au système de prévoyance pour les personnes âgées – Traitement différencié – Justification raisonnable et objective – But légitime – Préservation de l'efficacité économique et de la cohérence générale du système des pensions de retraite – Absence de consensus européen sur la question de la sécurité sociale des détenus – Règles pénitentiaires européennes – Ample marge d'appréciation des Etats dans le domaine de la politique économique et sociale*

**Article 4 de la Convention**

*Travail forcé ou obligatoire – Travail requis normalement d'une personne soumise à la détention – Refus de prendre en compte les périodes de travail accomplies en prison pour le calcul des droits à pension de retraite*

\*

\* \*

Le requérant a passé quelque vingt-huit années de sa vie en prison. Il a travaillé pendant de longues périodes dans l'établissement où il était incarcéré, mais sans être affilié au régime des pensions de retraite relevant du régime général de la sécurité sociale. A compter toutefois du 1<sup>er</sup> janvier 1994, il fut affilié au régime de l'assurance chômage pour ses périodes de travail en prison. Une demande de pension de retraite anticipée introduite par lui devant l'Office des pensions des travailleurs salariés fut rejetée en mars 1999 au motif qu'il n'avait pas accompli le minimum requis de 240 mois d'assurance. Il saisit par la suite un tribunal du travail et des affaires sociales d'une action contre l'Office des pensions, faisant valoir que les mois où il avait travaillé en prison devaient être comptés comme des mois d'assurance. En avril 2001, le tribunal rejeta sa demande. Il attaqua alors la décision devant la cour d'appel, qui le débouta de son recours, considérant que le fait que depuis une

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

modification apportée à la loi sur l'exécution des peines en 1993 les prisonniers se trouvaient affiliés à l'assurance chômage n'était pas concluant relativement à la question de leur affiliation au régime des pensions de retraite. Le requérant saisit la Cour suprême d'un pourvoi, dont il fut débouté en février 2002. Libéré en janvier 2004, il perçut pendant quelques mois des indemnités de chômage. Depuis l'expiration de celles-ci, il perçoit une allocation de nécessité au titre de la loi sur l'assurance chômage.

1. Article 14 de de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 : la Cour observe que le travail pénitentiaire diffère à de nombreux égards du travail salarié ordinaire. Il vise principalement à la réinsertion et à la resocialisation des détenus et revêt en Autriche un caractère obligatoire. La Cour estime toutefois que ces aspects ne sont pas déterminants. L'élément clé en la matière est la nécessité d'un système de prévoyance pour les personnes âgées, et à cet égard le requérant se trouvait dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires. En ce qui concerne l'affiliation au régime de l'assurance santé et accidents mis en place par la loi sur le régime général de la sécurité sociale, en revanche, le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait dans une situation différente de celle des salariés ordinaires, dans la mesure où c'était l'Etat qui, en vertu de la loi sur l'exécution des peines, prenait en charge la couverture santé et accidents des détenus. Le Gouvernement soutenait que les détenus exerçant un travail avaient souvent des ressources financières insuffisantes pour cotiser à la sécurité sociale et que si l'on devait compter comme des périodes d'assurance donnant droit à des prestations de retraite des périodes pour lesquelles il n'aurait pas été versé de cotisations, du moins pas en quantité significative, cela saperait l'efficacité économique du système des pensions de retraite. D'après le Gouvernement, il y avait lieu par ailleurs de préserver la cohérence générale du système de la sécurité sociale, et les périodes de travail accomplies en prison ne pouvaient être comptées comme périodes d'assurance ou comme périodes de substitution, car en vertu des principes sous-jacents au droit de la sécurité sociale autrichien pareilles périodes ne pouvaient servir qu'à compenser des périodes pendant lesquelles, en raison d'un nombre limité d'activités ou de situations acceptées par la société (par exemple les périodes de chômage ou de service militaire, ou celles consacrées à élever des enfants), il n'aurait pas été versé de cotisations. La Cour admet la légitimité des buts invoqués par le Gouvernement. La question de savoir si le traitement différencié réservé aux détenus exerçant un travail est proportionné aux buts légitimes poursuivis est étroitement liée aux choix généraux faits par l'Etat dans le domaine de la politique économique et sociale. Les Etats jouissent en la matière d'une ample marge d'appréciation, la Cour n'intervenant que lorsqu'elle considère que le choix politique du législateur est dépourvu de base raisonnable. De plus, la question doit être appréhendée comme un élément du système global du travail pénitentiaire et de la couverture sociale des détenus. Il n'existe toutefois pas un consensus européen sur la question de la sécurité sociale des détenus. Si une majorité absolue des Etats



membres du Conseil font bénéficier les détenus d'une forme de sécurité sociale, seule une faible majorité d'entre eux affilient les détenus au régime des pensions de retraite, certains, comme l'Autriche, se bornant à leur donner la possibilité de verser des cotisations volontaires.

Le requérant a travaillé pendant de longues périodes en prison. Il ressort des décisions rendues par les autorités internes que ces périodes sans assurance se situent entre les années 1960 et les années 1990. A l'époque, il n'y avait pas de communauté de vues relativement à l'affiliation des détenus exerçant un travail aux systèmes nationaux de sécurité sociale. Cette absence de communauté de vues se reflète dans les Règles pénitentiaires européennes de 1987, qui ne comportaient aucune disposition à cet égard. Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 recommandent en revanche expressément que les détenus exerçant un travail soient dans la mesure du possible affiliés au régime national de sécurité sociale, sans toutefois mentionner explicitement les régimes de pensions de retraite. Le droit autrichien reflète cette tendance, puisque l'ensemble des détenus ont droit à une couverture santé et accidents et que ceux exerçant un travail sont affiliés au régime de l'assurance chômage depuis janvier 1994. La Cour attache par ailleurs du poids au fait que le requérant, tout en n'ayant pas droit à une pension de retraite, n'a pas été laissé sans couverture sociale. A sa libération de prison, il a d'abord perçu des indemnités de chômage, qui ont ensuite été remplacées par une allocation de nécessité, prestation à laquelle l'intéressé avait droit du fait qu'il avait été couvert par l'assurance chômage en sa qualité de détenu exerçant un travail. Lorsque la Cour a rendu son arrêt en l'espèce, le requérant percevait toujours une allocation de nécessité, doublée d'une allocation de logement, le total de ces deux prestations s'établissant à environ 720 euros (EUR) par mois, soit pratiquement l'équivalent du montant de la pension minimum (environ 780 EUR). En résumé, dans un contexte de normes en évolution, un Etat contractant ne peut se voir reprocher d'avoir donné la priorité au régime d'assurance – en l'occurrence le régime de l'assurance chômage – considéré par lui comme le plus pertinent pour la réinsertion des détenus. Tout en l'invitant à surveiller la question à l'origine de la cause, la Cour considère que l'Autriche n'a pas excédé la marge d'appréciation dont elle jouissait en la matière en s'abstenant d'affilier les détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite.

*Conclusion*: non-violation (dix voix contre sept).

2. Article 4 de la Convention: le requérant soutenait que les standards européens avaient à ce point changé que le travail accompli en prison sans affiliation au régime des pensions de retraite ne pouvait plus être considéré comme un travail normalement requis d'une personne soumise à la détention. Le droit autrichien reflète l'évolution du droit européen, dans la mesure où il fait bénéficier l'ensemble des détenus d'une couverture santé et accidents et affine les détenus exerçant un travail au régime de l'assurance chômage mais non à celui des pensions de retraite. Il apparaît toutefois qu'il n'existe pas un consensus suffisant sur la question de

l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite. Si les Règles pénitentiaires européennes de 2006 reflètent une tendance croissante, il ne peut en découler une obligation au titre de la Convention. La Cour ne discerne aucune base permettant d'interpréter l'article 4 comme le préconise le requérant et conclut que le travail obligatoire accompli par l'intéressé pendant sa détention sans être affilié au régime des pensions de retraite doit être considéré comme un « travail requis normalement d'une personne soumise à la détention », au sens de l'article 4 § 3 a) de la Convention, et qu'il ne constituait dès lors par un « travail forcé ou obligatoire ».

*Conclusion*: non-violation (seize voix contre une).

### Jurisprudence citée par la Cour

- Vingt et un détenus c. Allemagne*, n<sup>os</sup> 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67, décision de la Commission du 6 avril 1968, Recueil de décisions 27
- De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, série A n<sup>o</sup> 12
- Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n<sup>o</sup> 26
- Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, série A n<sup>o</sup> 50
- Van der Mussele c. Belgique*, 23 novembre 1983, série A n<sup>o</sup> 70
- Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, série A n<sup>o</sup> 291-B
- Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV
- Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II
- Thlimmenos c. Grèce* [GC], n<sup>o</sup> 34369/97, CEDH 2000-IV
- Willis c. Royaume-Uni*, n<sup>o</sup> 36042/97, CEDH 2002-IV
- Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 28957/95, CEDH 2002-VI
- Siliadin c. France*, n<sup>o</sup> 73316/01, CEDH 2005-VII
- Hirst c. Royaume-Uni (n<sup>o</sup> 2)* [GC], n<sup>o</sup> 74025/01, CEDH 2005-IX
- Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, CEDH 2005-X
- Puzinas c. Lituanie* (déc.), n<sup>o</sup> 63767/00, 13 décembre 2005
- Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI
- Zarb Adami c. Malte*, n<sup>o</sup> 17209/02, CEDH 2006-VIII
- Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 44362/04, CEDH 2007-V
- Andrejeva c. Lettonie* [GC], n<sup>o</sup> 55707/00, CEDH 2009
- Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 42184/05, CEDH 2010
- Rantsev c. Chypre et Russie*, n<sup>o</sup> 25965/04, CEDH 2010

**En l'affaire Stummer c. Autriche,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
Nicolas Bratza,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Josep Casadevall,  
Corneliu Bîrsan,  
Anatoly Kovler,  
Elisabeth Steiner,  
Alvina Gyulumyan,  
Dean Spielmann,  
Sverre Erik Jebens,  
Dragoljub Popović,  
Giorgio Malinverni,  
George Nicolaou,  
Ann Power,  
Kristina Pardalos,  
Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 3 novembre 2010 et le 25 mai 2011,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 37452/02) dirigée contre la République d'Autriche et dont un ressortissant autrichien, M. Ernst Walter Stummer («le requérant»), a saisi la Cour le 14 octobre 2002 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Le requérant, qui s'est vu accorder le bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M<sup>e</sup> A. Bammer, avocat inscrit au barreau de Vienne. Le gouvernement autrichien («le Gouvernement») a été représenté par son agent, M. H. Tichy, ambassadeur et chef du Département de droit international du ministère fédéral des Affaires européennes et internationales.

3. Dans sa requête, M. Stummer se plaignait d'avoir fait l'objet d'une discrimination dans la mesure où, nonobstant le fait qu'il travaillait, il n'avait, à raison de sa condition de détenu, pas été affilié au régime des pensions de

retraite pendant ses années d’incarcération, et d’avoir en conséquence été privé d’une pension. Il invoquait l’article 4 et, en substance, l’article 14 de la Convention, combiné avec l’article 4 et avec l’article 1 du Protocole n° 1.

4. La requête a été allouée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 11 octobre 2007, elle a été déclarée recevable par une chambre de cette section composée de Christos Rozakis, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens et Giorgio Malinverni, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section. Le 18 mars 2010, une chambre de la même section composée de Christos Rozakis, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni et George Nicolaou, juges, et de Søren Nielsen, greffier de section, s’est dessaisie en faveur de la Grande Chambre, aucune des parties consultées, à cet égard, ne s’étant opposée au dessaisissement (article 30 de la Convention et article 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions de l’article 26 §§ 4 et 5 de la Convention et de l’article 24 du règlement.

6. Le requérant et le Gouvernement ont chacun déposé des observations écrites sur le fond (article 59 § 1 du règlement).

7. Une audience a eu lieu en public au Palais des droits de l’homme, à Strasbourg, le 3 novembre 2010 (article 59 § 3).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>me</sup> B. Ohms,

*agent adjoint,*

M<sup>me</sup> I. Köck,

*conseil,*

M. E. D’Aron,

M<sup>me</sup> A. Jankovic,

*conseillers ;*

– *pour le requérant*

M<sup>e</sup> A. Bammer,

*conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Ohms et M<sup>e</sup> Bammer, et, en leurs réponses à certaines questions posées par les juges, M<sup>me</sup> Ohms, M<sup>me</sup> Köck et M<sup>e</sup> Bammer.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L’ESPÈCE

8. Le requérant est né en 1938 et réside à Vienne. Il a passé vingt-huit années de sa vie en prison et a travaillé pendant de longues périodes dans

la cuisine ou la boulangerie de l'établissement où il était incarcéré. En tant que détenu exerçant un travail, il ne fut pas affilié au régime des pensions de retraite relevant du régime général de la sécurité sociale. A compter toutefois du 1<sup>er</sup> janvier 1994, il fut affilié au régime de l'assurance chômage pour ses périodes de travail en prison.

9. Le 8 février 1999, il introduisit devant l'Office des pensions des travailleurs salariés (*Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter* – «l'Office des pensions») une demande de pension de retraite anticipée.

10. Par une décision du 8 mars 1999, l'Office des pensions rejeta la demande au motif que le requérant n'avait pas accompli 240 mois d'assurance, minimum requis pour pouvoir bénéficier d'une pension de retraite anticipée. Une liste des périodes d'assurance du requérant, qui commençait en octobre 1953 et se terminait en février 1999, était annexée à la décision. Il en ressortait que le requérant n'avait accumulé que 117 mois d'assurance. Elle montrait de longues périodes pendant lesquelles aucune cotisation n'avait été versée, notamment de mai 1963 à mai 1964, de juillet 1965 à septembre 1968, de juin 1969 à janvier 1974, d'avril 1974 à mars 1984, de juin 1984 à mai 1986 et de février 1987 à avril 1994. Entre mai 1994 et février 1999, un certain nombre de mois au cours desquels le requérant avait perçu des allocations de chômage ou une allocation de nécessité au titre de la loi sur l'assurance chômage furent pris en compte comme périodes de substitution.

11. Par la suite, le requérant saisit le tribunal du travail et des affaires sociales (*Arbeits- und Sozialgericht*) de Vienne d'une action contre l'Office des pensions. Il faisait valoir qu'il avait travaillé pendant vingt-huit ans en prison et que les mois où il avait travaillé pendant son incarcération devaient être considérés comme des mois d'assurance aux fins de l'établissement de ses droits à pension.

12. Le 4 avril 2001, le tribunal du travail et des affaires sociales débouta le requérant de sa prétention. Il confirma que l'intéressé n'avait pas accompli le nombre minimum requis de mois d'assurance. Se référant à l'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale, il nota que les prisonniers qui effectuaient un travail obligatoire pendant leur détention n'étaient pas affiliés au régime obligatoire de la sécurité sociale. En vertu de la jurisprudence bien établie de la Cour suprême (arrêt n° 10 ObS 66/90 du 27 février 1990 et arrêt n° 10 ObS 52/99s du 16 mars 1999), leur travail, qui correspondait à une obligation légale, devait être distingué du travail accompli par des salariés sur la base d'un contrat de travail. Le tribunal

considéra que la différence de traitement que réservait le droit de la sécurité sociale à cet égard ne révélait aucune apparence de discrimination.

13. Désormais assisté d'un avocat, le requérant interjeta appel. Il soutenait en particulier que le libellé de l'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale ne distinguait pas entre travail accompli en exécution d'une obligation légale et travail accompli en exécution d'un contrat. Il estimait de surcroît que la distinction retenue n'était pas objectivement justifiée. Il faisait observer que depuis 1993 les détenus qui travaillaient étaient affiliés au régime de l'assurance chômage. Il considérait qu'il n'y avait aucune raison de ne pas les affilier au régime des pensions de retraite.

14. Le 24 octobre 2001, la cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Vienne le débouta de son recours. Elle considéra que le tribunal du travail et des affaires sociales avait correctement appliqué le droit en vigueur. Elle indiqua qu'en vertu de la jurisprudence bien établie de la Cour suprême, les prisonniers qui accomplissaient un travail obligatoire ne devaient pas être traités comme des salariés au sens de l'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale et n'étaient dès lors pas affiliés au régime obligatoire de la sécurité sociale. Elle ajouta que le fait que depuis la modification apportée à la loi sur l'assurance chômage en 1993 les prisonniers se trouvaient affiliés à l'assurance chômage n'était pas concluant relativement à la question de leur affiliation au régime des pensions de retraite. Elle estima qu'en substance le requérant soulevait une question de politique juridique ou sociale. Or, selon elle, il appartenait non pas aux tribunaux, mais au législateur de décider de l'opportunité de modifier ou non les dispositions relatives à la couverture sociale des prisonniers. A cet égard, la cour d'appel précisa qu'elle ne partageait pas les doutes exprimés par le requérant quant à une possible inconstitutionnalité de l'exclusion du régime des pensions de retraite des détenus exerçant un travail.

15. Le 12 février 2002, la Cour suprême (*Oberster Gerichtshof*) rejeta le pourvoi en cassation dont le requérant l'avait saisie. Son arrêt fut notifié à ce dernier le 6 mai 2002.

16. Le 29 janvier 2004, le requérant a fini de purger sa dernière peine d'emprisonnement. Il perçut des indemnités de chômage jusqu'au 29 octobre 2004, puis, à l'expiration de celles-ci, une allocation de nécessité (*Notstandshilfe*). D'après les informations fournies par l'avocat de l'intéressé à l'audience, le requérant perçoit aujourd'hui quelque 720 euros (EUR) par mois (15,77 EUR par jour, plus 167 EUR par mois au titre de l'allocation de nécessité et 87 EUR à titre d'intervention dans ses frais de loyer).

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. La loi sur le régime général de la sécurité sociale

17. La base du système autrichien de sécurité sociale est constituée de deux lois: la loi sur le régime général de la sécurité sociale (*Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*) et la loi sur l'assurance chômage (*Arbeitslosenversicherungsgesetz*). Le droit autrichien de la sécurité sociale est fondé sur le principe contributif.

#### 1. Règles générales

18. L'assurance mise en place par la loi sur le régime général de la sécurité sociale couvre la santé, les accidents et la pension de retraite.

19. L'article 4 de la loi prévoit l'affiliation obligatoire à la sécurité sociale. Le paragraphe 1 alinéa 1 de cet article énonce que les salariés sont affiliés au régime de l'assurance santé et accidents et au régime des pensions de retraite. Le paragraphe 2 du même article précise que par salarié on entend toute personne employée contre rémunération dans un rapport de dépendance personnelle et économique. Une condition supplémentaire à l'affiliation obligatoire est que la rémunération excède un seuil déterminé (*Geringfügigkeitsgrenze*). Aux taux actuels, ce montant est de 366,33 EUR par mois (article 5 § 2 de la loi).

20. Pour un travailleur salarié affilié à la sécurité sociale, des cotisations obligatoires sont à verser en partie par l'employeur et en partie par le salarié.

21. L'article 17 § 1 de la loi dispose que les personnes qui ne sont plus couvertes par l'affiliation obligatoire à la sécurité sociale peuvent continuer à payer des cotisations volontaires (*freiwillige Weiterversicherung*) pour autant qu'elles aient accompli au minimum douze mois d'assurance au cours des vingt-quatre derniers mois au sein du système ou au moins trois mois d'assurance pendant chacune des cinq dernières années. Les cotisations peuvent être réduites dans certaines limites si la situation financière de la personne concernée justifie pareille mesure.

22. Une personne atteignant l'âge du départ à la retraite n'a droit à une pension de retraite que si elle a accumulé un nombre suffisant de mois d'assurance, à savoir 180 mois, ou, dans le cas d'une retraite anticipée, 240 mois. Pour le calcul du nombre de mois d'assurance, certaines périodes au cours desquelles il n'y a eu ni exercice d'une activité salariée ni, en conséquence, versement de cotisations peuvent néanmoins être prises en considération comme périodes de substitution (*Ersatzzeiten*), par exemple les périodes consacrées à élever des enfants ou à accomplir un service militaire, ou encore les périodes de chômage.

23. Le montant d'une pension de retraite dépend principalement du nombre de mois d'assurance et du niveau des cotisations versées. Si la pension ainsi calculée n'atteint pas un seuil déterminé, fixé aujourd'hui à 783,99 EUR par mois pour une personne isolée et à 1 175,45 EUR pour un couple, une allocation de complément (*Ausgleichszulage*) est versée de manière à ce que le niveau minimum soit atteint.

## 2. La situation des détenus

24. Lorsqu'une personne est amenée à purger une peine d'emprisonnement supérieure à un mois, sa couverture santé et accidents et sa couverture retraite sont suspendues (article 78 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale). Ce sont les autorités pénitentiaires qui sont censées subvenir aux besoins des prisonniers. De même, c'est l'Etat qui, en vertu de la loi sur l'exécution des peines (paragraphes 41 et 44 ci-dessous), est censé fournir aux intéressés les soins dont ils ont besoin, y compris en cas d'accident.

25. En principe, les prisonniers exerçant un travail ne sont pas affiliés au régime général de la sécurité sociale. D'après la jurisprudence de la Cour suprême, ils ne sont pas considérés comme des salariés au sens de l'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale.

26. Dans un arrêt du 27 février 1990 (n° 10 Obs 66/90), la Cour suprême se prononça sur un recours formé par un ex-détenu contre le refus de lui accorder une pension d'invalidité motivé par le fait qu'il n'avait pas accompli le nombre de mois d'assurance requis. La Cour suprême s'exprima comme suit :

«D'après l'opinion unanime du ministère fédéral compétent (*Recueil de publications en matière d'assurance sociale* SVSlg 19.570) de la Cour administrative (2 février 1972, 782/71 et 62/72, VwSlgNF 8162 = SVSlg 21.171) et de la cour d'appel de Vienne (SVSlg 8.868, 21.172, 26.918, 30.930 et 32.418), ces prestations de travail, qui sont accomplies sur la base d'une obligation légale et non sur la base d'un contrat volontairement accepté, ne rentrent pas dans le champ d'application du régime de l'assurance obligatoire. La doctrine prône également l'interprétation suivant laquelle le droit de la sécurité sociale, comme du reste le droit du travail, exige que les contrats de travail soient établis sur une base consensuelle. Les services accomplis en exécution d'une obligation prévue par le droit public ne reposent pas sur une convention. En conséquence, le travail accompli dans le contexte de l'exécution d'une peine ne saurait être considéré comme relevant de l'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale (Krejci-Marhold *in* Tomandl, SV-System 3. ErgLfg 46; MGA ASVG 49. ErgLfg 125; Krejci *in* Rummel, ABGB § 1151 Rz 16). Dans son arrêt du 26 novembre 1971 B 128/71, VfSlg 6582 = SVSlg 21.170, la Cour constitutionnelle a considéré que la décision du législateur en vertu de laquelle le travail accompli dans le contexte de l'exécution d'une peine de prison n'entrait pas dans le champ d'application du régime de la sécurité sociale – au motif que faisait défaut la condition d'acceptation



volontaire d'une obligation de travail spécifique, requise pour constituer un contrat de travail nécessitant le versement de cotisations sociales – n'était pas contraire au principe de l'égalité de traitement.

(...)

Les soins médicaux dus aux détenus en application des articles 66 et suivants de la loi sur l'exécution des peines et les prestations dues aux intéressés en application des articles 76 et suivants de la même loi à la suite d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, au sens de l'article 76 (paragraphe 2-4) de la même loi, offrent à cette catégorie de personnes un régime légal d'assurance santé et accidents adapté au contexte carcéral.

Le fait que les détenus ne soient pas davantage affiliés au régime légal obligatoire de l'assurance retraite lorsqu'ils accomplissent des prestations de travail dans le cadre de leur obligation de travailler – contrairement à ce qui se passe, par exemple, dans le cadre d'une relation employeur/salarié ordinaire – peut être justifié par les différences essentielles des rapports déjà évoquées, et, comme la Cour constitutionnelle l'a précisé dans son arrêt, il n'emporte donc pas atteinte au principe de l'égalité de traitement.

Les périodes passées en détention provisoire ou celles passées en prison en exécution d'une peine ne sont, conformément à la loi sur le régime général de la sécurité sociale, considérées comme des périodes de cotisation obligatoire que dans les cas où les mesures privatives de liberté en question ont été imposées soit pour des motifs politiques – autres que liés à des activités national-socialistes –, pour des motifs religieux ou pour des motifs d'extraction (article 500 et article 502 § 1) ou dans les cas où un tribunal autrichien (conformément à la loi sur les indemnisations en matière pénale) a rendu au sujet des périodes de détention litigieuses une décision obligatoire reconnaissant le bien-fondé d'une demande de dommages-intérêts pour la détention ou la condamnation subies (article 506a). Les périodes ainsi considérées comme des périodes valables de cotisation obligatoire doivent être regardées dans le premier cas mentionné comme ne requérant pas le versement de cotisations (article 502 § 1, troisième phrase); dans le second cas, l'Etat fédéral doit verser les cotisations correspondantes à l'organisme d'assurance compétent (article 506a, deuxième phrase). Il s'agit dans les deux cas de compenser les désavantages en matière d'assurance sociale qu'est censée avoir causés au justiciable l'imposition d'une peine privative de liberté non justifiée. Une extension de ces dispositions exceptionnelles au temps passé en prison à raison d'un enfermement justifié par des actes condamnables serait contraire au principe d'égalité de traitement. Pour des motifs analogues, l'admission de pareilles périodes comme périodes de substitution serait également contraire au principe de l'égalité de traitement (...). Un détenu auquel les exceptions susmentionnées prévues par les articles 502 § 1 et 506a ne s'appliquent pas n'acquiert dès lors dans le contexte de son obligation de travailler ni périodes de cotisation au titre du régime de l'assurance obligatoire ni périodes de substitution. L'exécution de sa peine ne l'empêche toutefois pas de continuer à verser des cotisations au régime des pensions de retraite au titre de l'article 17 et d'accumuler des périodes de cotisation au moyen du versement de cotisations volontaires, étant entendu qu'en vertu de l'article 76a § 4 le maintien de la couverture doit pouvoir se faire, à la demande de l'intéressé, sur la base d'un taux de cotisation moins élevé que

celui prévu aux paragraphes 1 à 3 de ladite disposition. Conformément à l'article 75 § 3 de la loi sur l'exécution des peines, les détenus doivent être informés des possibilités et avantages qu'il peut y avoir pour eux, par exemple, à continuer sur une base volontaire à cotiser à l'assurance, et il leur est également loisible d'utiliser pour le versement des cotisations à la sécurité sociale des fonds dont ils ne peuvent autrement disposer dans le cadre ordinaire de l'exécution de leur peine. Grâce à la souplesse du dispositif – particulièrement en ce qui concerne le début, la fin et le calcul des mois de cotisation –, qui lui permet de continuer à cotiser à la sécurité sociale (article 17 §§ 7 et 8), un détenu peut également acquérir des mois de cotisation supplémentaires pour combler les trous dans sa période d'assurance et/ou pour obtenir des prestations de pension plus élevées. Il y a lieu de ne pas perdre de vue à cet égard le fait que si l'on devait considérer qu'un détenu est couvert par l'assurance invalidité et l'assurance retraite pour les prestations de travail accomplies par lui dans le cadre de l'exécution de sa peine, des cotisations devraient être acquittées pour les périodes en question. A la différence du régime prévu par l'article 506a, en vertu duquel l'Etat fédéral doit verser les cotisations correspondant aux périodes de cotisation en question (cette obligation faisant partie intégrante du régime d'indemnisation en matière pénale) à l'organisme d'assurance compétent, une cotisation de l'Etat ne serait pas raisonnable dans le cas présent (...). Il ne serait pas raisonnable en pareil cas d'attendre de la communauté des personnes assurées qu'elle accepte que des périodes pour lesquelles aucune cotisation n'a été versée donnent droit à des prestations de pension; les détenus auraient à verser pareilles cotisations, de sorte que la situation ne serait pas substantiellement différente de celle qui caractérise l'assurance sur une base volontaire. En conséquence, si le législateur a décidé que les prestations de travail accomplies dans le contexte de l'obligation de travailler qui pèse sur les détenus ne peuvent en principe emporter comptabilisation de périodes de cotisation obligatoire ou de périodes de substitution et si, à la lumière de ce principe, le législateur n'a prévu que les exceptions précitées, cette décision est fondée sur des considérations objectives.

En conséquence, la Cour suprême n'a aucun doute quant à la constitutionnalité des dispositions légales applicables en l'espèce.»

27. Dans un arrêt du 16 mars 1999 (n° 10 ObS 52/99s), la Cour suprême confirma sa décision antérieure.

28. Aux fins du calcul des droits à une pension de retraite, les périodes passées en prison ne sont prises en considération que dans des circonstances bien définies dans la loi sur le régime général de la sécurité sociale. Par exemple, les périodes d'incarcération qui ont donné lieu au versement d'une indemnité au titre de la loi sur les indemnisations en matière pénale (*Strafrechtliches Entschädigungsgesetz*) sont comptées comme des périodes de substitution.

## **B. La loi sur l'assurance chômage et la pratique pertinente**

29. Les salariés sont également affiliés au régime de l'assurance chômage. Des cotisations obligatoires sont à verser en partie par l'employeur et en partie par le salarié.

30. Depuis la modification apportée à la loi sur l'assurance chômage en 1993, les détenus exerçant un travail conformément à l'article 44 § 1 de la loi sur l'exécution des peines sont affiliés au régime de l'assurance chômage en vertu de l'article 66a de la loi sur l'assurance chômage. La quote-part salariale des cotisations est à prélever sur la rémunération du détenu, pour autant que celle-ci excède le seuil de revenus marginal, la quote-part patronale devant être versée par l'Etat par l'intermédiaire du ministère de la Justice. La modification en question est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

31. En ce qui concerne la modification de la loi, qui s'inscrivait dans une réforme plus large du système de l'exécution des peines, la commission de la justice (*Justizausschuß*) du Parlement considéra que l'affiliation au régime de l'assurance chômage des détenus exerçant un travail constituait une première étape vers la pleine intégration des intéressés dans le système de la sécurité sociale. Elle souligna que l'affiliation au régime de l'assurance chômage des détenus exerçant un travail constituait un aspect important de l'amélioration des chances de réinsertion des intéressés dans la société et de la limitation des risques de récidive (page 1253 des annexes aux comptes rendus sténographiques du Conseil national (*Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates*, XVIII.GP)).

32. Parmi les prestations prévues par la loi sur l'assurance chômage figurent l'accès à des cours de formation, des aides à la recherche d'un emploi et le versement d'indemnités de chômage (qui sont en partie fonction de la rémunération antérieure) pendant une certaine période. A l'expiration des indemnités de chômage, la personne assurée a droit au versement d'une allocation de nécessité qui vise à lui assurer un minimum de subsistance. Lorsque le bénéficiaire de l'allocation de nécessité atteint l'âge légal de la retraite, l'allocation continue de lui être versée s'il n'a pas droit à une retraite.

33. A l'audience, le Gouvernement a fourni les informations suivantes sur la proportion de détenus qui exercent un travail et ont donc droit à des allocations de chômage après leur libération :

– sur les 12 460 personnes qui se trouvaient détenues en 2009, 8 903 (environ 71 %) exerçaient un travail et étaient ainsi couvertes par l'assurance chômage. 2 490 seulement de ces détenus gagnaient plus que le seuil légal emportant obligation de verser des cotisations ; les autres n'étaient pas soumis à l'obligation de cotiser ;

– sur les 9 477 personnes qui se trouvaient détenues entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 30 juin 2010, 6 791 (environ 71 %) exerçaient un travail et étaient donc couvertes par l'assurance chômage. 1 879 seulement de ces détenus versaient effectivement des cotisations, leur rémunération dépassant le seuil

légal emportant obligation de cotiser, les autres n'étaient pas astreints à verser des cotisations;

– entre le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et le 30 juin 2010, on dénombrait 2 086 personnes en mesure de solliciter le bénéfice de prestations de chômage au motif qu'elles avaient été affiliées au régime de l'assurance chômage pendant leur incarcération; 1 898 d'entre elles sollicitèrent le bénéfice d'allocations chômage à leur libération et se virent octroyer en moyenne une allocation de 21,09 EUR par jour (la moyenne générale se situant à 26,90 EUR par jour).

### **C. Assistance sociale**

34. La sécurité sociale est complétée par un régime d'assistance sociale fondé sur des conditions de ressources. Il s'agit de fournir aux personnes qui ne disposent pas des moyens nécessaires (ressources personnelles ou droit à des prestations de pension ou de chômage), un revenu minimum pour leur permettre de subvenir à leurs besoins de base.

35. Le 1<sup>er</sup> septembre 2010, un nouveau système, celui de l'allocation minimum sous conditions de ressources (*bedarfsorientierte Mindestsicherung*), est entré en vigueur, qui a remplacé le régime de l'assistance sociale. Il garantit un revenu minimum à toutes les personnes qui sont désireuses et capables de travailler ou qui sont âgées de plus de soixante-cinq ans et ne disposent pas d'autres moyens de subsistance. Le montant en est aligné sur celui de la pension minimum.

### **D. La loi sur l'exécution des peines et la pratique pertinente**

36. En vertu de l'article 44 § 1 de la loi sur l'exécution des peines (*Strafvollzugsgesetz*), tout détenu apte à travailler doit effectuer tout travail qui lui est assigné.

37. L'article 45 § 1 de la loi oblige les autorités pénitentiaires à fournir à chaque détenu un travail utile. L'article 45 § 2 traite des différentes formes de travail pouvant être assignées aux prisonniers. Ceux-ci peuvent ainsi être astreints à effectuer des tâches au sein de la prison, à travailler pour des autorités publiques, pour des œuvres caritatives ou pour des employeurs privés.

38. L'article 46 § 3 précise que les autorités pénitentiaires peuvent conclure des contrats avec des entreprises privées relativement au travail des détenus.

39. En vertu de l'article 51, c'est l'Etat fédéral (*der Bund*) qui perçoit le produit du travail des prisonniers.

40. Les prisonniers qui accomplissent leur travail de manière satisfaisante ont droit à une rémunération. Les montants horaires de la rémunération en question, qui est fonction du type de travail accompli, sont fixés à l'article 52 § 1. Aux taux actuels, ils se présentent comme suit :

– pour des travaux de manœuvre légers	EUR 5,00
– pour des travaux de manœuvre lourds	EUR 5,63
– pour du travail artisanal	EUR 6,26
– pour du travail spécialisé	EUR 6,88
– pour du travail d'agent de maîtrise	EUR 7,50

41. Les autorités pénitentiaires doivent assurer la subsistance des détenus (article 31).

42. En vertu de l'article 32, les prisonniers doivent, sauf exception, contribuer aux frais afférents à l'exécution de leur peine. Si le prisonnier travaille, la contribution s'élève à 75 % de sa rémunération. Cette contribution est automatiquement déduite de la somme due au prisonnier.

43. De surcroît, la quote-part salariale de la cotisation à l'assurance chômage est à déduire de la rémunération du prisonnier. Le restant de la rémunération est utilisée de la manière suivante : la moitié en est remise au détenu à titre d'« argent de poche », l'autre moitié est versée sur un compte épargne qui est liquidé le jour de la libération de l'intéressé (article 54).

44. En vertu des articles 66 et suivants et 76 et suivants de la loi sur l'exécution des peines, c'est aux autorités pénitentiaires de veiller à ce que les détenus bénéficient des soins de santé et des traitements médicaux dont ils peuvent avoir besoin, notamment en cas d'accident. En substance, le droit à des soins de santé et à des traitements en pareil cas correspond au droit prévu par la loi sur le régime général de la sécurité sociale.

45. Si un détenu refuse d'exercer le travail qui lui est assigné, il se rend coupable d'une infraction réprimée par l'article 107 § 1, alinéa 7, de la loi sur l'exécution des peines. Les sanctions qui s'attachent à pareille infraction en vertu de l'article 109 de la même loi vont du simple avertissement à l'isolement cellulaire, en passant par la réduction ou le retrait de certains droits (par exemple le droit d'utiliser l'« argent de poche », de regarder la télévision ou d'envoyer et de recevoir du courrier ou de recevoir des appels téléphoniques) et une amende.

46. D'après les informations fournies par le Gouvernement, la proportion des détenus qui travaillent est aujourd'hui de 70 % en Autriche. Compte tenu des exigences de la routine carcérale, la durée moyenne d'une journée de travail en prison est d'environ six heures. Le temps passé par un prisonnier à suivre un traitement thérapeutique ou social est toutefois considéré et rémunéré comme du temps de travail, jusqu'à un maximum de cinq heures par semaine.

### III. TEXTES INTERNATIONAUX PERTINENTS

#### A. Instruments des Nations unies

##### 1. *La Convention sur le travail forcé (n° 29) de l'Organisation internationale du travail*

47. La Convention sur le travail forcé (n° 29) a été adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail (OIT) le 28 juin 1930; elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1932. La partie pertinente en l'espèce de son article 2 est libellée comme suit :

« 1. Aux fins de la présente convention, le terme *travail forcé ou obligatoire* désignera tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré.

2. Toutefois, le terme *travail forcé ou obligatoire* ne comprend pas, aux fins de la présente convention :

(...)

c. tout travail ou service exigé d'un individu comme conséquence d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire, à la condition que ce travail ou service soit exécuté sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que ledit individu ne soit pas concédé ou mis à la disposition de particuliers, compagnies ou personnes morales ou privées :

(...)

Lors de sa 96<sup>e</sup> session, tenue en 2007, la Conférence internationale du travail (la réunion annuelle des Etats membres de l'OIT) a procédé à une étude d'ensemble relative à la Convention n° 29, basée sur un rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (« la Commission »).

Le rapport traitait notamment de l'emploi de la main-d'œuvre pénitentiaire par le secteur privé. Relevant que le travail pénitentiaire pour le compte d'employeurs privés était interdit par l'article 2 § 2 c) de la Convention n° 29, la Commission précisait qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles, nonobstant leur état de captivité, les prisonniers pouvaient être réputés s'être offerts de plein gré et sans être menacés d'une peine quelconque pour effectuer un travail pour le compte d'un employeur privé. Elle ajoutait qu'à cet égard, hormis le consentement écrit formel du prisonnier, des conditions proches d'une relation de travail libre (en termes de niveau de rémunération, de sécurité sociale et de conditions de sécurité et d'hygiène) constituaient l'indicateur le plus fiable du caractère volontaire du travail. Dès lors que pareilles conditions étaient remplies, le travail pénitentiaire effectué pour le compte d'entreprises privées devait,

selon elle, être considéré comme ne relevant pas de la définition du travail forcé figurant à l'article 2 § 1 de la Convention n° 29 et comme échappant en conséquence au champ d'application de ce texte (paragraphe 59-60 et 114-116 du rapport).

## 2. *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

48. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966 (Résolution 2200A (XXI)) et est entré en vigueur le 23 mars 1976. La partie pertinente en l'espèce de son article 8 est ainsi libellée :

« 3. a) Nul ne sera astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire ;

b) L'alinéa a) du présent paragraphe ne saurait être interprété comme interdisant, dans les pays où certains crimes peuvent être punis de détention accompagnée de travaux forcés, l'accomplissement d'une peine de travaux forcés, infligée par un tribunal compétent ;

c) N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent paragraphe :

i. tout travail ou service, non visé à l'alinéa b), normalement requis d'un individu qui est détenu en vertu d'une décision de justice régulière ou qui, ayant fait l'objet d'une telle décision, est libéré conditionnellement ;

(...)

## **B. Textes du Conseil de l'Europe**

### 1. *Les Règles pénitentiaires européennes*

49. Les Règles pénitentiaires européennes sont des recommandations du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe quant aux normes minimales à appliquer dans les prisons. Les Etats sont encouragés à s'inspirer de ces règles dans l'élaboration de leurs législations et de leurs politiques et à en assurer une large diffusion auprès de leurs autorités judiciaires ainsi qu'auprès du personnel pénitentiaire et des détenus.

#### **a) Les Règles pénitentiaires européennes de 1987**

50. Les Règles pénitentiaires européennes de 1987 (Recommandation n° R (87) 3 – « les Règles de 1987 ») furent adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 février 1987.

51. En leur Première partie, elles contenaient un certain nombre de principes fondamentaux, dont les suivants :

« 1. La privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine en conformité avec les présentes règles.

(...)

3. Les buts du traitement des détenus doivent être de préserver leur santé et de sauvegarder leur dignité et, dans la mesure où la durée de la peine le permet, de développer leur sens des responsabilités et de les doter de compétences qui les aideront à se réintégrer dans la société, à vivre dans la légalité et à subvenir à leurs propres besoins après leur sortie de prison.

(...)»

52. Dans leur Quatrième partie, consacrée aux objectifs du traitement et aux régimes, elles contenaient les règles suivantes :

« 64. L'emprisonnement de par la privation de liberté est une punition en tant que telle. Les conditions de détention et les régimes pénitentiaires ne doivent donc pas aggraver la souffrance ainsi causée, sauf si la ségrégation ou le maintien de la discipline le justifient.

65. Tous les efforts doivent être entrepris pour s'assurer que les régimes des établissements soient établis et gérés de manière à :

a) assurer les conditions de vie compatibles avec la dignité humaine et avec les normes acceptables par la collectivité ;

b) réduire au minimum les effets préjudiciables de la détention et les différences entre la vie carcérale et la vie en liberté, afin que les détenus ne perdent pas le respect de soi ou le sens de leur responsabilité personnelle ;

(...)»

53. Egalement dans leur Quatrième partie, sous le titre « Travail », elles contenaient les règles suivantes :

« 71.1. Le travail en prison doit être considéré comme un élément positif du traitement, de la formation et de la gestion de l'établissement.

2. Les détenus condamnés peuvent être soumis à l'obligation du travail, compte tenu de leur aptitude physique et mentale telle qu'elle a été déterminée par le médecin.

3. Un travail suffisant ou, le cas échéant, d'autres activités utiles, doivent être proposés aux détenus pour qu'ils soient occupés pendant la durée normale d'une journée de travail.

4. Ce travail doit être, dans la mesure du possible, de nature à entretenir ou à augmenter la capacité du détenu à gagner normalement sa vie après sa sortie de prison.

(...)

72.1. L'organisation et les méthodes de travail dans les établissements doivent se rapprocher autant que possible de celles qui régissent un travail analogue dans la communauté, afin de préparer les détenus aux conditions normales du travail libre.



(...)

74.1. La sécurité et l'hygiène doivent être assurées dans des conditions semblables à celles dont bénéficient les travailleurs libres.

2. Des dispositions doivent être prises pour indemniser les détenus victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles dans des conditions égales à celles prévues par la loi dans le cas de travailleurs libres.

(...)

76.1. Le travail des détenus doit être rémunéré d'une façon équitable.»

#### **b) Les Règles pénitentiaires européennes de 2006**

54. Le 11 janvier 2006, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une nouvelle version des Règles pénitentiaires européennes (Recommandation REC(2006)2 – «les Règles de 2006»), relevant que les Règles de 1987 devaient être révisées et mises à jour de façon approfondie pour pouvoir refléter les développements survenus dans le domaine de la politique pénale, les pratiques de condamnation ainsi que de gestion des prisons en général en Europe.

55. Dans leur partie I, les Règles de 2006 consacrent notamment les principes fondamentaux suivants :

«2. Les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire.

3. Les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquels elles ont été imposées.

(...)

5. La vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison.

6. Chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté.»

Dans son commentaire relatif aux Règles de 2006, le Comité européen pour les problèmes criminels notait que la règle 2 soulignait que la perte du droit à la liberté ne devait pas être comprise comme impliquant automatiquement le retrait aux détenus de leurs droits politiques, civils, sociaux, économiques et culturels, mais que les restrictions devaient être aussi peu nombreuses que possible. Il indiquait au sujet de la règle 5 qu'elle soulignait les aspects positifs de la normalisation, ajoutant que si la vie en prison ne pouvait être identique à la vie dans une société libre il y avait lieu d'intervenir activement pour rapprocher le plus possible les conditions

de vie en prison de la vie normale. Il relevait par ailleurs que la règle 6 « reconna[issait] que les détenus, condamnés ou non, retourner[aient] un jour vivre dans la société libre et que la vie en prison [devait] être organisée de façon à tenir compte de ce fait ».

56. La règle 26 des Règles de 2006, qui figure sous la partie II (« Conditions de détention »), traite des différents aspects du travail en prison. Dans sa partie pertinente pour la présente espèce, elle est ainsi libellée :

26.1. Le travail en prison doit être considéré comme un élément positif du régime carcéral et en aucun cas être imposé comme une punition.

26.2. Les autorités pénitentiaires doivent s'efforcer de procurer un travail suffisant et utile.

26.3. Ce travail doit permettre, dans la mesure du possible, d'entretenir ou d'augmenter la capacité du détenu à gagner sa vie après sa sortie de prison.

(...)

26.7. L'organisation et les méthodes de travail dans les prisons doivent se rapprocher autant que possible de celles régissant un travail analogue hors de la prison, afin de préparer les détenus aux conditions de la vie professionnelle normale.

(...)

26.9. Le travail des détenus doit être procuré par les autorités pénitentiaires, avec ou sans le concours d'entrepreneurs privés, à l'intérieur ou à l'extérieur de la prison.

26.10. En tout état de cause, le travail des détenus doit être rémunéré de façon équitable.

(...)

26.13. Les mesures appliquées en matière de santé et de sécurité doivent assurer une protection efficace des détenus et ne peuvent pas être moins rigoureuses que celles dont bénéficient les travailleurs hors de prison.

26.14. Des dispositions doivent être prises pour indemniser les détenus victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles dans des conditions non moins favorables que celles prévues par le droit interne pour les travailleurs hors de prison.

(...)

26.17. Les détenus exerçant un travail doivent, dans la mesure du possible, être affiliés au régime national de sécurité sociale.»

Le commentaire relatif à la règle 26 souligne le principe de normalisation du travail en prison en énonçant que les mesures appliquées en matière d'hygiène et de sécurité, les heures de travail et « même l'affiliation aux systèmes nationaux de sécurité sociale » doivent être alignées sur celles dont bénéficient les salariés à l'extérieur de la prison. Par contraste, les Règles de

1987, si elles parlaient de normalisation du travail en prison, demeuraient silencieuses sur la question de l'intégration des détenus dans les systèmes nationaux de sécurité sociale.

57. La partie VIII des Règles de 2006 («Détenus condamnés») comporte d'autres règles concernant l'objectif poursuivi par le régime des détenus condamnés :

« 102.1. Au-delà des règles applicables à l'ensemble des détenus, le régime des détenus condamnés doit être conçu pour leur permettre de mener une vie responsable et exempté de crime.

102.2. La privation de liberté constituant une punition en soi, le régime des détenus condamnés ne doit pas aggraver les souffrances inhérentes à l'emprisonnement. »

58. Ladite partie VIII traite également du travail considéré comme l'un des aspects du régime des détenus condamnés. Dans sa partie pertinente en l'espèce, la règle 105 est ainsi libellée :

« 105.2. Les détenus condamnés n'ayant pas atteint l'âge normal de la retraite peuvent être soumis à l'obligation de travailler, compte tenu de leur aptitude physique et mentale telle qu'elle a été déterminée par le médecin.

105.3. Lorsque des détenus condamnés sont soumis à une obligation de travailler, les conditions de travail doivent être conformes aux normes et aux contrôles appliqués à l'extérieur. »

## 2. *La Charte sociale européenne*

59. La Charte sociale européenne, convention adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe en 1961 et révisée en 1996, est également pertinente en l'espèce. Son article 1, qui traite du droit au travail, dispose :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les Parties s'engagent :

1. à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi ;

2. à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ;

(...)»

Le Comité européen des droits sociaux, qui est l'organe responsable du contrôle de l'observation par les Etats parties de la Charte sociale européenne, a interprété l'article 1 § 2 de celle-ci comme signifiant que le travail en prison doit être strictement encadré en termes de rémunération, d'heures de travail et de sécurité sociale, spécialement si les détenus travaillent pour des entreprises privées. Les détenus ne peuvent être employés par des entreprises privées que s'ils y consentent et dans des conditions aussi proches

que possible de celles qui sont normalement applicables dans le cadre de contrats de travail de droit privé (*Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, 1<sup>er</sup> septembre 2008, p. 23).

### C. Droit comparé européen

60. Il ressort des informations dont la Cour dispose, et notamment d'une étude de droit comparé portant sur les législations nationales de quarante des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe, que :

– dans vingt-cinq États membres, les détenus sont, à tout le moins dans certaines circonstances, obligés de travailler (Azerbaïdjan, République tchèque, Estonie, Finlande, Géorgie, Allemagne, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Monténégro, Russie, Slovaquie, Espagne, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine et Royaume-Uni) ;

– dans vingt-deux États membres, les détenus ont accès au régime des pensions de retraite (Albanie, Andorre, Azerbaïdjan, Croatie, Chypre, République tchèque, Finlande, France, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Macédoine, Norvège, Portugal, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie, Ukraine et Royaume-Uni). Dans certains de ces États, les détenus ne sont pas automatiquement couverts (au moyen de retenues obligatoires sur leur rémunération ou de prélèvements fiscaux) mais ont seulement la possibilité de verser eux-mêmes des cotisations sur une base volontaire ;

– dans douze États membres, les détenus ne sont pas affiliés à un régime de pension de retraite (Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Estonie, Géorgie, Grèce, Hongrie, Malte, Monténégro, Pays-Bas, Roumanie et Serbie) ;

– dans un troisième groupe d'États membres, l'affiliation au système de la sécurité sociale (y compris les pensions de retraite) varie en fonction du type de travail exercé et, surtout, des points de savoir s'il s'agit d'un travail effectué pour le compte d'employeurs extérieurs à la prison et s'il est rémunéré. Tel est le cas en Allemagne, au Luxembourg, en Pologne, en Espagne et en Suède. Au Danemark, le droit à une pension de retraite est sans rapport avec le travail effectué auparavant et avec le versement ou non de cotisations. Toutes les personnes ayant atteint l'âge légal de la retraite ont droit à une pension de base ;

– une majorité absolue (trente-sept) des États membres offrent à l'ensemble des détenus, ou parfois seulement à certains d'entre eux, un accès à la protection sociale, soit en les affiliant au régime général de la sécurité sociale ou à certaines de ses composantes, soit en les faisant bénéficier d'un type spécifique d'assurance ou d'une autre protection.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

61. Le requérant plaide le caractère discriminatoire de l'exemption des détenus exerçant un travail de l'affiliation au régime des pensions de retraite. Il invoque en substance l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

62. L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

63. L'article 1 du Protocole n° 1 dispose :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

### A. Thèses des parties

#### 1. *Le requérant*

64. Le requérant se prévaut du principe selon lequel la privation de liberté constitue une punition en soi, les mesures concernant un détenu ne devant pas aggraver la souffrance inhérente à l'emprisonnement. Il soutient que l'exclusion des détenus exerçant un travail de l'affiliation au régime des pensions de retraite est une mesure qui emporte des effets à long terme qui perdurent après la sortie de prison et qui est donc contraire à ce principe.

65. Il estime de surcroît que les détenus qui travaillent se trouvent dans la même situation que les autres salariés relativement à la nécessité d'assurer leur subsistance à leurs vieux jours au moyen d'une assurance sociale. Selon lui, l'interprétation de l'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale donnée par les tribunaux internes et en vertu de laquelle une distinction devrait être établie entre le travail exercé volontairement sur la base d'un contrat de travail régulier et le travail accompli par les détenus en exécution de leur obligation légale de travailler ne justifie pas de manière

convaincante l'exclusion des détenus exerçant un travail de l'affiliation au régime des pensions de retraite.

66. Le requérant considère que les deux situations ne sont pas fondamentalement différentes. En réalité, la grande majorité des personnes en liberté seraient elles aussi obligées de travailler, non pas par l'effet de la loi, mais par la nécessité d'assurer leur subsistance. Le travail, qu'il soit accompli en prison ou en liberté, poursuivrait toujours un éventail de buts divers et variés dépassant l'aspect financier. En somme, l'exclusion des détenus exerçant un travail de l'affiliation au régime des pensions de retraite ne se fonderait pas sur une quelconque différence factuelle et demanderait dès lors à être justifiée.

67. Or pareille justification ferait défaut. Premièrement, l'exclusion des détenus exerçant un travail de l'affiliation au régime des pensions de retraite ne poursuivrait aucun but légitime. Pour autant que le Gouvernement invoque la situation financière difficile du système de la sécurité sociale, le requérant ajoute que des considérations d'ordre budgétaire ne peuvent suffire à justifier l'exclusion d'un groupe vulnérable de la protection sociale.

68. Deuxièmement, le Gouvernement n'aurait pas démontré l'existence de motifs objectifs et raisonnables propres à justifier la différence de traitement litigieuse. En particulier, le requérant conteste l'argument consistant à dire que les détenus exerçant un travail ne sont pas en mesure de verser des cotisations suffisamment importantes et que la prise en compte comme périodes d'assurance des périodes de travail accomplies en prison reviendrait à accorder aux détenus un privilège injustifié comparé aux salariés ordinaires, qui seraient astreints à verser des cotisations sociales au taux plein. Dès lors qu'en vertu de l'article 51 de la loi sur l'exécution des peines l'Etat percevrait le produit du travail des prisonniers, on pourrait raisonnablement attendre de lui qu'il verse des cotisations à la sécurité sociale. Quant à l'argument du Gouvernement relatif au point de savoir si les périodes de travail accomplies en prison pourraient légitimement être considérées comme des périodes de substitution, il serait dès lors dépourvu de pertinence.

69. En ce qui concerne la possibilité pour les détenus de verser des cotisations volontaires au régime des pensions de retraite, en vertu de l'article 17 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale, le requérant soutient que de nombreux détenus ne sont pas en mesure de satisfaire à la condition de justifier d'un nombre suffisant de mois d'assurance au cours des périodes antérieures. De surcroît, le coût de l'assurance volontaire excéderait en général les ressources financières limitées des détenus, 75 % de leur modeste rémunération étant utilisés, en vertu de l'article 32 de la loi sur l'exécution des peines, comme contribution aux frais de leur entretien.

## 2. *Le Gouvernement*

70. Le Gouvernement soutient principalement que la non-affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention, les détenus exerçant un travail n'étant pas, selon lui, dans une situation analogue à celle des salariés ordinaires.

71. Le Gouvernement donne une description détaillée de l'organisation du travail pénitentiaire en Autriche, soulignant que le travail en prison vise essentiellement à favoriser la réinsertion et la resocialisation des intéressés. Il relève que les normes pertinentes du Conseil de l'Europe ainsi que le dernier rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants relatif à l'Autriche reconnaissent que le travail est important pour les détenus dans la mesure où il leur offre une possibilité de préserver ou d'améliorer leurs qualifications professionnelles en leur permettant d'exercer une activité utile et en leur imposant une routine quotidienne structurée, de façon à rendre leur incarcération plus supportable et à les préparer à assumer un emploi normal une fois libérés.

72. L'article 44 § 1 de la loi sur l'exécution des peines obligerait les détenus à travailler, et l'article 45 § 1 de ladite loi obligerait les autorités pénitentiaires à fournir aux détenus un travail correct. Compte tenu des conditions spécifiques au milieu carcéral, les détenus travailleraient en moyenne six heures par jour. Alors que cela ne serait prévu par aucune disposition de la Convention, ils percevraient une rémunération. Les montants en seraient fixés par la loi et varieraient de 5 EUR à 7,50 EUR de l'heure, en fonction du type de travail effectué. Les périodes passées par les détenus à suivre un traitement thérapeutique ou social seraient considérées comme des heures de travail, dans la limite de cinq heures par semaine. Il s'agirait là clairement d'une forme de traitement axée sur le bien des intéressés, qui indiquerait que le travail en prison vise à la resocialisation des détenus. Quant au fait qu'une partie de la rémunération des intéressés serait utilisée comme contribution aux frais de leur entretien, il ne révélerait aucune violation de la Convention.

73. En résumé, eu égard à sa nature et aux buts qu'il poursuit, le travail en prison différerait considérablement d'une activité salariée ordinaire. Le travail en prison, qui correspondrait à une obligation légale, viserait à la resocialisation et à la réinsertion des détenus, tandis que le travail salarié ordinaire serait basé sur un contrat de travail et tendrait à assurer la subsistance du salarié et son épanouissement professionnel. En conséquence, traiter différemment aux fins de l'assurance retraite les périodes de travail accomplies en prison serait non seulement justifié mais requis par les

différences de fait entre les situations considérées. Compter comme périodes d'assurance des périodes pour lesquelles des cotisations n'auraient pas été versées conférerait aux détenus exerçant un travail un avantage injustifié par rapport aux salariés ordinaires.

74. La décision du législateur de ne pas compter comme périodes d'assurance ou comme périodes de substitution les périodes de travail accomplies par un détenu serait de même basée sur des raisons objectives. En vertu des dispositions pertinentes de la loi sur le régime général de la sécurité sociale, les périodes d'incarcération seraient notamment traitées comme des périodes d'assurance dans les cas où la personne intéressée aurait obtenu, en vertu de la loi sur les indemnisations en matière pénale, une indemnité pour son incarcération. Dans de tels cas, l'Etat serait tenu de verser les cotisations à la sécurité sociale afin de dédommager la personne concernée des désavantages au regard de la législation en matière de sécurité sociale subis par elle du fait de sa détention. Traiter de la même façon les personnes incarcérées à juste titre s'analyserait en un traitement égal de faits inégaux. Traiter les périodes d'incarcération comme des périodes de substitution en l'absence de versements de cotisations créerait également des déséquilibres dans le système de la sécurité sociale. D'une manière générale, le législateur aurait considéré que les périodes de substitution doivent correspondre à des périodes où les intéressés ont été empêchés de payer des cotisations pour des motifs socialement acceptables, par exemple en cas de formation scolaire, de naissance d'un enfant, de chômage, de maladie, de service militaire ou de service civil.

75. De surcroît, les détenus auraient la faculté, en vertu de l'article 17 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale, de verser des cotisations volontaires au régime des pensions de retraite. La loi prévoirait également la possibilité d'un abaissement du montant censé être versé à titre de cotisation. Le Gouvernement précise toutefois que, pour des raisons tenant à la protection des données, il ne peut fournir d'éléments statistiques quant au nombre et au pourcentage des détenus qui font usage de cette possibilité.

76. A titre subsidiaire, le Gouvernement soutient qu'à supposer même que les détenus exerçant un travail soient dans une situation analogue à celle des salariés ordinaires, la différence de traitement litigieuse est justifiée. En pratique, même si les détenus n'étaient pas exclus de l'affiliation au régime des pensions de retraite, ils ne seraient pas en mesure de verser des cotisations significatives car très souvent leur rémunération après déduction de la contribution aux frais de leur entretien n'atteindrait pas le seuil de 366,33 EUR en deçà duquel les salariés ne sont en tout état de cause pas couverts par l'assurance obligatoire prévue par la loi sur le régime général de la sécurité sociale. Compte tenu de la situation financière tendue des



organismes de sécurité sociale, seules les personnes en mesure de verser des cotisations significatives pourraient être intégrées au régime des pensions de retraite.

77. De surcroît, les Etats contractants jouiraient d'une ample marge d'appréciation pour organiser leurs systèmes de sécurité sociale. Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 recommanderaient du reste seulement que « les détenus exerçant un travail [soient], dans la mesure du possible (...) affiliés au régime national de sécurité sociale ».

78. Le Gouvernement explique que depuis la modification apportée à la loi sur l'assurance chômage en 1993, les détenus exerçant un travail sont affiliés au régime de l'assurance chômage. La modification en question, qui se serait inscrite dans une réforme plus large du système d'exécution des peines, aurait été précédée de plusieurs années de discussions intensives. La décision d'intégrer les détenus au régime de l'assurance chômage mais non à celui des pensions de retraite aurait été motivée par la considération que l'assurance chômage, qui engloberait non seulement des prestations financières mais également l'accès à des cours de formation et à des services de recherche d'emploi, était l'instrument le plus efficace pour favoriser la réinsertion des détenus après leur libération. La mesure aurait été considérée comme une première étape vers l'intégration des détenus dans le système de la sécurité sociale au sens large. Dès lors toutefois que l'assurance prévue par la loi sur le régime général de la sécurité sociale recouvrirait l'assurance santé et accidents plus une affiliation au régime des pensions de retraite et que dans le cas des détenus les soins de santé en cas de maladie ou d'accident seraient fournis par les autorités pénitentiaires en vertu de la loi sur l'exécution des peines, l'affiliation des détenus au régime des pensions de retraite aurait nécessité des amendements plus complexes. De surcroît, sur la base d'études menées à l'époque, cette affiliation aurait été considérée comme le facteur le plus coûteux.

79. Le Gouvernement fait par ailleurs observer que les affaires, telles que celle de l'espèce, qui concernent de très longues peines d'emprisonnement sont extrêmement rares. La majorité des détenus seraient en mesure d'accumuler un nombre suffisant de mois d'assurance sur la base des périodes de travail effectuées en liberté. En l'espèce, le requérant aurait perçu des allocations de chômage, et depuis l'expiration de celles-ci il percevrait une allocation de nécessité.

80. Enfin, la décision du législateur autrichien de ne pas affilier les détenus au régime des pensions de retraite prévu par la loi sur le régime général de la sécurité sociale ne signifierait pas que les intéressés ne bénéficient d'aucune couverture sociale. Premièrement, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, ils seraient couverts par le régime de l'assurance chômage. En conséquence,

ils percevraient des allocations de chômage et, à l'expiration de celles-ci, une allocation de nécessité. En dernier ressort, le système de sécurité sociale prévoirait un régime de revenu minimum sous conditions de ressources pour les personnes incapables d'assurer autrement leurs besoins de base. En somme, le système juridique autrichien fournirait une solution différenciée et bien équilibrée prenant en compte les intérêts de la société au sens large, d'une part, et les intérêts des détenus, d'autre part.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Sur l'applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1*

81. La Cour rappelle que l'article 14 ne fait que compléter les autres clauses matérielles de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Son application ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention. L'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque Etat de garantir. Elle s'applique également aux droits additionnels, pour autant qu'ils relèvent du champ d'application général de l'un des articles de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger (*Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n<sup>os</sup> 65731/01 et 65900/01, §§ 39-40, CEDH 2005-X, *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n<sup>o</sup> 55707/00, § 74, CEDH 2009, et, plus récemment, *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n<sup>o</sup> 42184/05, § 63, CEDH 2010).

82. En vertu de la jurisprudence bien établie de la Cour, les principes qui s'appliquent généralement aux affaires concernant l'article 1 du Protocole n° 1 gardent toute leur pertinence en matière de prestations sociales. En particulier, ladite clause ne crée pas un droit à acquérir des biens. Elle n'impose aucune restriction à la liberté pour les Etats contractants de décider d'instaurer ou non un régime de protection sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations censées être accordées au titre de pareil régime. En revanche, dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale – que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations –, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ses conditions (*Stec et*

*autres*, décision précitée, § 54, *Andrejeva*, précité, § 77, et *Carson et autres*, précité, § 64).

83. De plus, dans les cas, tel celui de l'espèce, où un requérant formule sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 un grief aux termes duquel il a été privé en tout ou en partie et pour un motif discriminatoire visé à l'article 14 d'une prestation donnée, le critère pertinent consiste à rechercher si, n'eût été la condition d'octroi litigieuse, l'intéressé aurait eu un droit sanctionnable devant les tribunaux internes à percevoir la prestation en cause (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, et *Willis c. Royaume-Uni*, n° 36042/97, § 34, CEDH 2002-IV). Si le Protocole n° 1 ne comporte pas un droit à percevoir des prestations sociales, de quelque type que ce soit, lorsqu'un Etat décide de créer un régime de prestations, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 (*Stec et autres*, décision précitée, § 55, et *Andrejeva*, précité, § 79).

84. En l'espèce, le requérant, une fois atteint l'âge légal de la retraite, réclama le bénéfice d'une pension de retraite, avantage qui est de droit lorsque le nombre minimum de mois d'assurance a été accompli. La Cour considère que la législation sociale en cause crée un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1. Appliquant le critère consistant à déterminer si le requérant aurait eu un droit sanctionnable en justice à percevoir une pension n'eût été la condition d'octroi jugée discriminatoire par lui, la Cour relève que nul ne conteste que le requérant a travaillé quelque vingt-huit années en prison sans être affilié au régime des pensions de retraite. Sa demande d'octroi d'une pension de retraite fut rejetée au motif qu'il n'avait pas accompli le nombre minimum de mois d'assurance requis. Il en résulte que s'il avait été affilié au régime des pensions de retraite pour le travail accompli par lui en prison, il aurait accumulé le nombre de mois d'assurance nécessaires et aurait en conséquence eu droit à une pension.

85. Le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Il soutient en revanche que la rémunération que percevait le requérant pour le travail accompli par lui en qualité de détenu était insuffisante pour qu'il pût cotiser au régime des pensions de retraite : après déduction de la contribution aux frais de son entretien, elle n'atteignait pas le seuil de revenu marginal en dessous duquel un salarié quel qu'il fût était exonéré de l'assurance obligatoire mise en place par la loi sur le régime général de la sécurité sociale. La Cour estime que cet argument, qui est lui-même intrinsèquement lié à la situation de détenu du requérant, ne peut invalider la conclusion formulée ci-dessus.

86. En conclusion, la Cour estime que les griefs énoncés par le requérant relèvent du domaine de l'article 1 du Protocole n° 1 et du droit au respect des biens qu'il consacre. Cela suffit à rendre l'article 14 applicable.

2. *Observation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1*

a) **Principes généraux**

87. Selon la jurisprudence constante de la Cour, seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable (« situation ») sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (*Carson et autres*, précité, § 61). La discrimination consiste à traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. La Cour considère qu'une distinction ne repose pas sur une « justification objective et raisonnable » lorsqu'elle ne poursuit pas un « but légitime » ou qu'il n'y a pas un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (*ibidem*; voir également *Andrejeva*, précité, § 81, et *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 51, CEDH 2006-VI).

88. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. L'étendue de cette marge varie selon les circonstances, les domaines et le contexte. Ainsi, par exemple, l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des « inégalités factuelles » entre eux; de fait, dans certaines circonstances, c'est le défaut d'un traitement différencié pour corriger une inégalité qui peut, en l'absence d'une justification objective et raisonnable, emporter violation de la disposition en cause (*Andrejeva*, précité, § 82, *Stec et autres*, précité, § 51, et *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV).

89. De même, une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'Etat lorsqu'il s'agit pour lui de définir des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'Etat conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle « manifestement dépourvu de base raisonnable » (*Andrejeva*, précité, § 83, *Stec et autres*, précité, § 52, *Carson et autres*, précité, § 61, et, dans le contexte spécifique des droits des détenus, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 78, CEDH 2007-V).

**b) Application de ces principes au cas d'espèce**

90. Le requérant se plaint d'avoir fait l'objet d'une discrimination en tant que détenu. Il fait observer que si la qualité de détenu ne figure pas parmi les motifs explicitement mentionnés à l'article 14, la liste que contient cet article n'est pas exhaustive et se termine par les mots « ou toute autre situation » (« *any other status* » en anglais), ce qui permet, selon lui, de distinguer les uns des autres des individus ou des groupes d'individus. Nul ne conteste en l'espèce que la qualité de détenu constitue pour une personne un aspect de sa situation personnelle aux fins de l'article 14.

*i. Sur la question de savoir si le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires*

91. La Cour se penchera tout d'abord sur la question de savoir si, au regard de l'affiliation au régime des pensions de retraite résultant de la loi sur le régime général de la sécurité sociale, le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait ou non dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires.

92. Le Gouvernement insiste sur la différence d'objectif et de nature qu'il y a, selon lui, entre le travail exercé en prison et un travail salarié ordinaire. Il souligne que le travail pénitentiaire poursuit un objectif essentiel de réinsertion et revêt un caractère obligatoire, et soutient que ces caractéristiques distinguaient la situation du requérant de celle des salariés ordinaires. Le requérant, de son côté, considère que la nature obligatoire du travail pénitentiaire n'est pas déterminante dans le présent contexte et que le travail accompli par les détenus ne diffère en aucune manière de celui exercé par les salariés ordinaires.

93. La Cour observe que le travail pénitentiaire diffère de nombreux égards du travail des salariés ordinaires. Il vise principalement à assurer la réinsertion et la resocialisation des détenus. Les heures de travail, la rémunération et l'utilisation d'une partie de cette rémunération comme contribution aux frais d'entretien reflètent la particularité du contexte pénitentiaire. De surcroît, dans le système autrichien, l'obligation de travailler imposée aux détenus a pour contrepartie l'obligation imposée à l'administration pénitentiaire de leur fournir un travail approprié. De fait, la situation est très éloignée de la relation employeur/salarié ordinaire. On pourrait considérer en conséquence qu'en sa qualité de détenu exerçant un travail le requérant ne se trouvait pas dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires.

94. De l'avis de la Cour, toutefois, ni le fait que le travail pénitentiaire vise à la réinsertion et à la resocialisation des détenus ni la nature obligatoire

de ce travail ne sont déterminants en l'espèce. La Cour estime également que le point de savoir si le travail est accompli pour l'administration pénitentiaire, comme c'était le cas en l'espèce, ou pour un employeur privé n'est pas décisif, même si dans ce dernier cas il semble y avoir une ressemblance plus forte avec une relation de travail ordinaire.

95. Ce qui est ici en cause, ce n'est pas tant la nature du travail pénitentiaire et l'objectif poursuivi par lui que la nécessité d'un système de prévoyance pour les personnes âgées. La Cour estime qu'à cet égard le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires. Il lui faut donc rechercher si la différence de traitement au regard de l'affiliation au régime des pensions de retraite prévue par la loi sur le régime général de la sécurité sociale se justifiait. En ce qui concerne l'affiliation au régime de l'assurance santé et accidents mis en place par la loi sur le régime général de la sécurité sociale, en revanche, la Cour admet que le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait dans une situation différente de celle des salariés ordinaires, dans la mesure où c'est l'Etat qui, en vertu de la loi sur l'exécution des peines, prend en charge la couverture santé et accidents des détenus. De même, la Cour admet qu'en ce qui concerne le versement de sa pension, un détenu qui a déjà atteint l'âge du départ à la retraite ne se trouve pas dans la même situation qu'un retraité non emprisonné, dans la mesure où les frais de subsistance des détenus sont assumés par l'administration pénitentiaire.

*ii. Sur la question de savoir si la différence de traitement litigieuse poursuivait un but légitime*

96. En ce qui concerne le but poursuivi par la différence de traitement litigieuse, le Gouvernement soutient que les détenus exerçant un travail n'ont souvent pas des ressources financières suffisantes pour cotiser à la sécurité sociale. Compter comme des périodes d'assurance donnant droit à des prestations de retraite des périodes pour lesquelles des cotisations n'auraient pas été versées, du moins pas en quantité significative, créerait, selon lui, un déséquilibre entre les détenus exerçant un travail et les personnes en liberté et saperait l'efficacité économique des organismes de sécurité sociale, déjà confrontés à une situation financière difficile.

97. De surcroît, un autre objectif transparait également des observations du Gouvernement : préserver la cohérence générale du système de sécurité sociale. Le Gouvernement soutient en effet que les périodes de travail accomplies en prison ne peuvent être comptées comme périodes d'assurance ou comme périodes de substitution dès lors qu'en vertu des principes sous-jacents au droit de la sécurité sociale autrichien pareilles périodes ne

peuvent servir qu'à compenser des périodes pendant lesquelles, en raison d'un nombre limité d'activités ou de situations acceptées par la société (par exemple en cas de formation scolaire, de naissance d'un enfant, de chômage, de maladie, de service militaire ou de service civil), des cotisations n'ont pas été versées.

98. La Cour admet la légitimité des buts invoqués par le Gouvernement, à savoir la préservation de l'efficacité économique du système des pensions de retraite et le maintien de sa cohérence générale au moyen de l'exclusion du droit à prestations des personnes n'ayant pas versé une quantité significative de cotisations.

*iii. Sur la question de savoir si la différence de traitement litigieuse était proportionnée*

99. La Cour réaffirme sa jurisprudence bien établie selon laquelle, d'une manière générale, les détenus continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté, lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention. Il serait inconcevable qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation (*Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, §§ 69-70, CEDH 2005-IX, et *Dickson*, précité, § 67). En conséquence, les personnes en détention conservent leurs droits garantis par la Convention, de sorte que toute restriction à ces droits doit être justifiée dans une affaire donnée. Cette justification peut tenir notamment aux conséquences nécessaires et inévitables de la détention ou à un lien suffisant entre la restriction et la situation du détenu en question (*ibidem*, § 68).

100. C'est à la lumière de ces principes que la Cour examinera la question de l'existence d'un lien de proportionnalité raisonnable entre la non-affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite et les buts légitimes décrits ci-dessus. La thèse du requérant consiste pour l'essentiel à dire que le Gouvernement est resté en défaut de fournir une justification pour la différence de traitement litigieuse. Il soutient que la raison principale de l'incapacité des détenus à verser des cotisations à la sécurité sociale au titre de la loi générale sur la sécurité sociale réside dans le choix politique opéré par l'Etat lui-même de retenir la majeure partie de la rémunération des détenus à titre de contribution aux frais de leur entretien.

101. La Cour observe que la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite est étroitement liée à des questions de politique pénale, telles que la perception des buts généraux de l'emprisonnement, le système du travail pénitentiaire, sa rémunération et

les priorités dans l'utilisation de celle-ci, mais également à des questions de politique sociale qui se reflètent dans le système de sécurité sociale tout entier. Bref, elle est associée à des questions et choix complexes de stratégie sociale, domaine dans lequel les Etats jouissent d'une ample marge d'appréciation, la Cour n'intervenant que lorsqu'elle considère que le choix politique du législateur se révèle « manifestement dépourvu de base raisonnable » (voir la jurisprudence citée au paragraphe 89 ci-dessus).

102. Eu égard à la complexité de cette question, la Cour estime qu'elle ne peut examiner la question de l'affiliation des détenus au régime des pensions de retraite de manière isolée mais doit l'appréhender comme un élément du système global du travail pénitentiaire et de la couverture sociale des détenus.

103. Ainsi qu'il a déjà été indiqué ci-dessus, dans le système autrichien les détenus ont l'obligation de travailler, les autorités pénitentiaires ayant quant à elles l'obligation de leur fournir un travail approprié. La Cour considère comme un élément positif de ce système que plus de 70 % des détenus exercent aujourd'hui un travail. Les heures de travail sont adaptées au contexte carcéral et assorties de certaines mesures avantageuses, telles que la comptabilisation comme temps de travail, dans la limite de cinq heures par semaine, du temps consacré à suivre un traitement thérapeutique ou social. De surcroît, les détenus perçoivent une rémunération pour leur travail, dont une part de 75 % est toutefois déduite à titre de contribution aux frais de leur entretien. La Cour relève d'abord que le prélèvement de pareille contribution n'est pas en soi contraire à la Convention (*Puzinas c. Lituanie* (déc.), n° 63767/00, 13 décembre 2005, qui concernait un grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1 relativement à la déduction d'une contribution de 25 % de la rémunération des détenus). Si le pourcentage ici en cause apparaît relativement élevé, il ne peut cependant être considéré comme déraisonnable si l'on tient compte du coût général de l'administration du système pénitentiaire et du fait que l'intégralité des frais de subsistance des détenus, y compris l'assurance santé et accidents, est prise en charge par l'Etat.

104. En ce qui concerne la couverture sociale des détenus, la Cour rappelle que lorsqu'il s'agit de définir l'ampleur de la marge d'appréciation de l'Etat la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent (*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 38, *Recueil* 1998-II).

105. La Cour observe que, s'il n'existe pas un consensus européen sur la question, il se dégage néanmoins une tendance croissante : à la différence des Règles de 1987, les Règles pénitentiaires européennes de 2006 consacrent le principe de normalisation du travail en prison mais recommandent en outre



explicitement (règle 26.17) que «les détenus exerçant un travail [soient], dans la mesure du possible, (...) affiliés au régime national de sécurité sociale» (paragraphe 56 ci-dessus). La Cour note toutefois que la règle 26.17 est libellée de façon prudente («dans la mesure du possible») et qu'elle se réfère à l'affiliation au régime de sécurité sociale en général. De surcroît, si une majorité absolue des Etats membres du Conseil de l'Europe font bénéficier les détenus d'une forme de sécurité sociale, seule une faible majorité d'entre eux affilient les détenus au régime des pensions de retraite, certains, comme l'Autriche, se bornant à leur donner la possibilité de verser des cotisations volontaires. Une minorité d'Etats n'intègrent ni d'une façon ni d'une autre les détenus au régime des pensions de retraite (paragraphe 60 ci-dessus).

106. Ce n'est donc que progressivement que les sociétés se dirigent vers l'affiliation des détenus à leurs systèmes de sécurité sociale en général et à leurs régimes de pensions de retraite en particulier. Le droit autrichien reflète cette tendance, puisque aussi bien l'ensemble des détenus ont droit à une couverture santé et accidents. De surcroît, les détenus exerçant un travail sont affiliés au régime de l'assurance chômage depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994, la loi sur l'assurance chômage ayant subi en 1993 une modification qui s'inscrivait dans une réforme plus large du système de l'exécution des peines. Comme le Gouvernement l'a expliqué, la raison de cette décision était que le législateur considérait l'assurance chômage comme l'instrument le plus efficace pour contribuer à la réinsertion des détenus après leur libération, dans la mesure où, au-delà du versement de prestations de chômage, elle garantissait l'accès à toute une gamme de services de formation et de recherche d'emploi. A l'époque de la réforme de 1993, l'affiliation des détenus au régime des pensions de retraite avait été envisagée, mais la situation financière difficile des organismes de sécurité sociale a jusqu'ici empêché les autorités d'y procéder.

107. Se tournant vers la situation du requérant, la Cour observe qu'il a travaillé pendant de longues périodes en prison (paragraphe 10 ci-dessus). Il résulte des décisions rendues par les autorités internes en l'espèce que ses périodes sans assurance se situent entre les années 1960 et les années 1990. La Cour attache de l'importance au fait qu'à l'époque pertinente il n'y avait pas de communauté de vues relativement à l'affiliation des détenus exerçant un travail aux systèmes nationaux de sécurité sociale. Cette absence de communauté de vues se reflète dans les Règles pénitentiaires européennes de 1987, qui ne comportaient aucune disposition à cet égard.

108. Le Gouvernement soutient que les peines de prison très longues sont rares et qu'en conséquence la majorité des détenus ont la possibilité d'accumuler un nombre suffisant de mois d'assurance pour leurs périodes de travail accomplies en liberté et ne sont ainsi pas privés d'une pension

de retraite. La Cour ne juge pas nécessaire d'examiner cet argument dans le détail. Elle attache en revanche de l'importance au fait que le requérant, tout en n'ayant pas droit à une pension de retraite, n'a pas été laissé sans couverture sociale. Après sa sortie de prison, il a perçu des allocations de chômage puis une allocation de nécessité, à laquelle il avait droit au motif qu'il avait été couvert par la loi sur l'assurance chômage en sa qualité de détenu exerçant un travail. Selon ses propres dires, le requérant perçoit toujours actuellement une allocation de nécessité, complétée par une aide sociale prenant la forme d'une allocation de logement. Son revenu mensuel s'élève aujourd'hui à environ 720 EUR, soit presque l'équivalent du montant de la pension minimum, aujourd'hui fixé à environ 780 EUR pour une personne seule.

109. Sur la base des faits de la présente espèce et de l'ensemble des informations dont elle dispose, la Cour estime que, considéré globalement, le système du travail pénitentiaire, avec la couverture sociale qui lui est associée, n'est pas «manifestement dépourvu de base raisonnable». Dans un contexte de normes en évolution, un Etat contractant ne peut se voir reprocher d'avoir donné la priorité au régime d'assurance – à savoir le régime de l'assurance chômage – qu'il jugeait être le plus pertinent pour la réinsertion des détenus.

110. Tout en l'invitant à surveiller la question à l'origine de la présente espèce, la Cour considère que l'Etat défendeur n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouissait en la matière en s'abstenant d'affilier les détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite.

111. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 4 DE LA CONVENTION

112. Le requérant allègue que dès lors qu'il n'a pas été affilié au régime des pensions de retraite pour le travail accompli par lui pendant son incarcération, ce travail ne peut être considéré comme couvert par les termes de l'article 4 § 3 a) de la Convention et était dès lors contraire à l'article 4 § 2.

La partie pertinente en l'espèce de l'article 4 de la Convention est ainsi libellée :

- «1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.
2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.
3. N'est pas considéré comme «travail forcé ou obligatoire» au sens du présent article :

a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la (...) Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle;

(...)»

## **A. Thèses des parties**

113. Le requérant soutient que le travail accompli par lui en prison s'analyse clairement en un « travail forcé ou obligatoire » au sens de l'article 4 § 2 de la Convention. Il renvoie à la Convention n° 29 de l'OIT suivant laquelle il y a lieu d'entendre par « travail forcé ou obligatoire » « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ». Il précise que les détenus en Autriche sont obligés de travailler en vertu de l'article 44 de la loi sur l'exécution des peines et que le fait pour un détenu de refuser de travailler constitue une infraction réprimée par les articles 107 § 1 et 109 de ladite loi.

114. Tout en reconnaissant que l'obligation de travailler faite aux détenus peut être justifiée au regard de l'article 4 § 3 a), le requérant soutient que, suivant les normes actuelles, le travail accompli en prison sans affiliation au régime des pensions de retraite ne peut être considéré comme un « travail requis normalement d'une personne soumise à la détention » au sens de cette disposition. En conséquence, le fait qu'il ait pendant son incarcération été astreint à travailler sans être affilié au régime des pensions de retraite serait contraire à l'article 4 de la Convention.

115. Le Gouvernement considère pour sa part que le travail pénitentiaire échappe au champ d'application de l'article 4 dès lors qu'il est couvert par l'exception à l'interdiction du travail forcé ou obligatoire prévue à l'article 4 § 3 a). En conséquence, la non-affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite ne soulèverait aucune question au regard de l'article 4 de la Convention.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Principes généraux*

116. La Cour rappelle que l'article 4 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Son premier paragraphe ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n°s 1 et 4, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la

vie de la nation (*Siliadin c. France*, n° 73316/01, § 112, CEDH 2005-VII, et *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 283, CEDH 2010).

117. L'article 4 § 2 de la Convention prohibe le « travail forcé ou obligatoire ». Pour interpréter cette disposition, la Cour a pris en compte dans des affaires antérieures les Conventions pertinentes de l'OIT, qui lient la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe, dont l'Autriche, et spécialement la Convention de 1930 sur le travail forcé (*Van der Mussele c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 32, série A n° 70, et *Siliadin*, précité, § 115).

118. La Cour a relevé dans lesdites affaires qu'il existait une analogie frappante, qui n'était pas fortuite, entre le paragraphe 3 de l'article 4 de la Convention et le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention n° 29 de l'OIT. Le paragraphe 1 de cette dernière disposition précise qu'« aux fins » de la Convention n° 29 l'expression « travail forcé ou obligatoire » désigne « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré » (*Siliadin*, précité, § 116). La Cour a considéré que cette définition pouvait fournir un point de départ pour interpréter l'article 4 de la Convention, ajoutant qu'il importait de ne perdre de vue ni les caractères particuliers de celle-ci ni sa nature d'instrument vivant devant se lire « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques » (*Van der Mussele*, précité, § 32).

119. L'article 4 § 3 a) de la Convention indique que n'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » « tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention ».

120. La Cour a relevé la structure spécifique de l'article 4, dont le paragraphe 3 ne tend pas à « limiter » l'exercice du droit garanti par le paragraphe 2 mais à « délimiter » le contenu même de ce droit, car il forme un tout avec le paragraphe 2 et indique ce qui n'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire ». Cela dit, le paragraphe 3 contribue à l'interprétation du paragraphe 2. Ses quatre alinéas, par-delà leur diversité, reposent sur les idées maîtresses d'intérêt général, de solidarité sociale et de normalité (*Van der Mussele*, précité, § 38 ; voir également *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, § 22, série A n° 291-B, et *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 44, CEDH 2006-VIII).

121. La jurisprudence de la Cour concernant le travail en prison est peu abondante. Dans l'une de ses premières affaires, la Cour avait eu à se pencher sur le travail exigé d'un détenu récidiviste, dont la libération était suspendue à l'accumulation d'un certain montant d'économies. Tout en admettant que le travail en cause était obligatoire, la Cour avait conclu à la non-violation

de l'article 4 de la Convention au motif que les exigences de l'article 4 § 3 a) étaient remplies. De l'avis de la Cour, le travail requis du requérant n'avait pas excédé les limites « normales » en la matière, car il tendait à aider l'intéressé à se reclasser dans la société et avait pour base légale des textes dont on rencontrait l'équivalent dans certains autres Etats membres du Conseil de l'Europe (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 59, série A n° 50, avec le renvoi à *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, §§ 89-90, série A n° 12).

122. En ce qui concerne la rémunération et la couverture sociale des détenus, la Cour renvoie à la décision qu'avait adoptée la Commission européenne des droits de l'homme le 6 avril 1968 dans l'affaire *Vingt et un détenus c. Allemagne* (nos 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67, décision de la Commission du 6 avril 1968, Recueil de décisions 27, pp. 97-116), dans laquelle les requérants, invoquant l'article 4, se plaignaient d'avoir été astreints à travailler pendant leur détention sans percevoir une rémunération adéquate et sans que les autorités pénitentiaires eussent versé pour eux, à raison du travail effectué, des cotisations à la sécurité sociale. La Commission avait déclaré leur grief irrecevable pour défaut manifeste de fondement. Elle avait relevé que l'article 4 ne comportait aucune disposition concernant la rémunération censée être versée aux détenus pour le travail accompli par eux. De surcroît, elle s'était référée à sa jurisprudence constante de rejet pour cause d'irrecevabilité de toutes les requêtes introduites par des détenus réclamant une rémunération plus élevée pour leur travail ou revendiquant le droit d'être couverts par les différentes branches de la sécurité sociale.

123. La Cour a également eu à connaître d'un grief analogue sous un angle quelque peu différent dans l'affaire *Puzinas* (précitée). Le requérant y critiquait, sur le terrain des articles 4 et 14 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1, la législation interne en matière de sécurité sociale dans la mesure où elle ne permettait pas aux détenus de prétendre à une pension ou à quelque autre prestation sociale que ce fût pour le travail accompli par eux en prison. La Cour a d'abord examiné le grief sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1, relevant qu'il n'était pas contesté que le requérant n'avait droit ni à une pension ni à des prestations sociales en vertu de la législation interne pertinente. Considérant que le requérant n'avait dès lors pas des biens au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 relativement à ses droits futurs à une pension ou à un certain montant de pension, la Cour a rejeté le grief sur le terrain de cette disposition, ainsi que sur celui des autres dispositions invoquées, pour cause d'incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

## 2. Application de ces principes à la présente espèce

124. La Cour doit rechercher s'il y a eu en l'espèce « travail forcé ou obligatoire » contraire à l'article 4 de la Convention. Elle relève que le requérant se trouvait astreint à travailler en vertu de l'article 44 § 1 de la loi sur l'exécution des peines. S'il refusait d'effectuer le travail qui lui était assigné, il se rendait coupable, en vertu de l'article 107 de ladite loi, d'une infraction punissable, en vertu de l'article 109, de peines allant de la simple réprimande à l'isolement cellulaire.

125. Prenant la définition du travail forcé ou obligatoire figurant à l'article 2 § 1 de la Convention n° 29 de l'OIT comme point de départ pour l'interprétation de l'article 4 § 2 de la Convention (*Van der Mussel*, précité, §§ 32-34), la Cour ne doute pas que le requérant accomplissait un travail « sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel [il] ne [s'était] pas offert de plein gré ».

126. Si les parties semblent s'accorder sur ce point, elles divergent en revanche sur celui de savoir s'il y a lieu de considérer que le travail qu'accomplissait l'intéressé était couvert par les termes de l'article 4 § 3 a) de la Convention, qui exclut de la notion de « travail forcé ou obligatoire » « tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la Convention ». Le Gouvernement répond à la question par l'affirmative, concluant que le travail qu'effectuait le requérant pendant sa détention échappait au champ d'application de l'article 4. Le requérant, pour sa part, considère qu'un travail accompli en prison en dehors de toute affiliation au régime des pensions de retraite ne peut être réputé couvert par la disposition en cause. Il en conclut qu'il s'agissait dans son cas d'un « travail forcé ou obligatoire » contraire à l'article 4 § 2.

127. La Cour n'a encore jamais eu jusqu'ici l'occasion d'examiner la question de savoir si l'article 4 oblige les Etats contractants à intégrer les détenus exerçant un travail dans leur système de sécurité sociale. Elle relève que la décision ci-dessus mentionnée adoptée par la Commission dans l'affaire *Vingt et un détenus* (précitée), qui avait répondu à la question par la négative, date de 1968. Aussi la Cour doit-elle rechercher si la position adoptée dans ladite décision est toujours valable aujourd'hui relativement au travail accompli par le requérant pendant sa détention sans être affilié au régime des pensions de retraite.

128. Le texte de la Convention ne donne aucune indication quant à la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au système national de sécurité sociale. Cela étant, pour établir ce qui doit être considéré comme un « travail normalement requis d'une personne soumise à la détention », la

Cour tiendra compte des normes qui prévalent aujourd'hui dans les Etats membres (*Van Droogenbroeck*, précité, § 59).

129. Le requérant invoque en substance la doctrine de la Cour selon laquelle la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles (voir, par exemple, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 75, CEDH 2002-VI, et *Van der Musselle*, précité, § 32). Il considère, semble-t-il, que les standards européens ont changé à un degré tel que le travail accompli en prison sans affiliation au régime des pensions de retraite ne peut plus être considéré comme un « travail normalement requis d'une personne soumise à la détention ».

130. La Cour relève que le requérant a travaillé pendant de longues périodes en prison à partir des années 1960. A l'époque, la Commission estima dans sa décision *Vingt et un détenus* (précitée) que l'article 4 de la Convention n'obligeait pas les Etats membres à affilier à leur système de sécurité sociale les détenus exerçant un travail. Les Règles pénitentiaires européennes de 1987 étaient muettes sur la question de l'affiliation au système de sécurité sociale des détenus exerçant un travail. La Cour reconnaît que, par la suite, une évolution importante est intervenue dans le domaine de la politique pénale. Cette évolution se reflète dans les Règles pénitentiaires européennes de 2006, qui font du principe de normalisation du travail accompli en prison un des principes de base en la matière. Plus spécifiquement dans le présent contexte, la règle 26.17 des Règles de 2006 prévoit que « les détenus exerçant un travail doivent, dans la mesure du possible, être affiliés au régime national de sécurité sociale ».

131. Toutefois, eu égard à la pratique actuelle des Etats membres, la Cour ne voit rien qui permette d'interpréter l'article 4 comme le suggère le requérant. Suivant les informations dont elle dispose, si une majorité absolue des Etats contractants affilient les détenus d'une manière ou d'une autre à leur système national de sécurité sociale ou font bénéficier les intéressés d'un système d'assurance spécifique, seule une faible majorité d'entre eux affilient les détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite. Le droit autrichien reflète l'évolution du droit européen, dans la mesure où il fait bénéficier l'ensemble des détenus d'une couverture santé et accidents et affilie les détenus exerçant un travail au régime de l'assurance chômage mais non à celui des pensions de retraite.

132. En somme, il apparaît qu'il n'existe pas un consensus suffisant sur la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite. Si la règle 26.17 des Règles de 2006 reflète une tendance

croissante, il ne peut en découler une obligation au titre de l'article 4 de la Convention. En conséquence, le travail obligatoire accompli par le requérant pendant sa détention sans être affilié au régime des pensions de retraite doit être considéré comme un « travail requis normalement d'une personne soumise à la détention », au sens de l'article 4 § 3 a) de la Convention.

133. C'est pourquoi la Cour conclut que le travail accompli par le requérant était couvert par les termes de l'article 4 § 3 a) de la Convention et qu'il ne constituait dès lors pas un « travail forcé ou obligatoire » au sens de l'article 4 § 2 de la Convention.

134. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 4 de la Convention.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 4

135. La Cour relève que si le requérant invoque principalement l'article 4 considéré isolément, il se prévaut également de l'article 14, sans toutefois soumettre d'arguments séparés sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 4.

136. Elle estime que l'examen effectué par elle sous l'angle de l'article 4 de la Convention considéré isolément couvre l'ensemble des aspects de la question soulevée par le grief du requérant. Aussi juge-t-elle qu'il ne s'impose pas d'examiner ce grief sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4.

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par dix voix contre sept, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ;
2. *Dit*, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 4 de la Convention ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner le grief fondé sur l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 4 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 juillet 2011.

Vincent Berger  
Jurisconsulte

Jean-Paul Costa  
Président



Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge De Gaetano ;
- opinion en partie dissidente commune aux juges Tulkens, Kovler, Gyulumyan, Spielmann, Popović, Malinverni et Pardalos ;
- opinion en partie dissidente de la juge Tulkens.

J.-P.C.  
V.B.

## OPINION CONCORDANTE DU JUGE DE GAETANO

(Traduction)

1. J'ai voté avec la majorité sur les trois points du dispositif de l'arrêt. Néanmoins, je ne souscris pas entièrement au raisonnement suivi par elle relativement aux deux premiers.

2. La majorité a conclu à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 aux motifs que la différence de traitement litigieuse poursuivait un but légitime (paragraphe 96-98 de l'arrêt) et qu'elle était proportionnée (paragraphe 99-110). Je considère que la Cour n'avait pas à aller jusque-là. Contrairement à ce qui est suggéré au paragraphe 95, la loi sur le régime général de la sécurité sociale ne visait pas à mettre en place un « système de prévoyance pour les personnes âgées » en général, mais simplement à offrir, entre autres, une pension de retraite aux personnes ayant exercé un emploi rémunéré. Or, même avec beaucoup d'imagination, on ne saurait considérer que le requérant, lorsqu'il était en prison, exerçait un « emploi rémunéré », cette notion impliquant une forme de contribution à l'économie nationale. C'est pourquoi j'estime que le requérant, en sa qualité de détenu travaillant dans la cuisine ou la boulangerie de la prison, n'était tout simplement *pas* dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires (point qui ne se trouve mentionné que de manière quelque peu hésitante au paragraphe 93, pour être ensuite écarté). La situation *aurait pu* être différente si l'intéressé avait exercé un travail (dans l'enceinte ou en dehors de la prison) pour le compte d'une personne ou d'une société privées; ou s'il avait participé à la production de biens que les autorités carcérales auraient ensuite revendus sur le marché libre, en concurrence directe avec d'autres producteurs. Mais tel n'était pas le cas.

3. Quant au constat de non-violation de l'article 4, la décision de la majorité semble se fonder sur le fait qu'il n'existe pas un « consensus suffisant sur la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite » (paragraphe 132 et 131 *passim*). Là encore, je ne peux suivre le raisonnement de la majorité. Un travail qui est excepté au titre de l'article 4 § 3 (au motif qu'il est « requis normalement d'une personne soumise à la détention ») ne cesse pas d'être excepté au simple motif qu'il est rémunéré ou non, ou que le prisonnier est ou n'est pas affilié à un régime de pension. De même, les Règles pénitentiaires européennes (de 1987 et de 2006) n'entrent pas en ligne de compte en l'espèce. Ce qu'il faut considérer, c'est la nature du travail qu'exerçait le requérant. Or l'intéressé n'était pas astreint à casser des pierres à la masse le long d'une voie publique : il travaillait dans la cuisine et la boulangerie de la prison, ce qui peut assurément être

considéré comme une contribution « normale » aux tâches que doivent nécessairement accomplir les membres de toute communauté, qu'elle soit domestique, monastique ou pénale. A la lumière de ce qui précède, je ne puis faire mien le raisonnement exposé aux paragraphes 129 à 132 de l'arrêt.

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX  
JUGES TULKENS, KOVLER, GYULUMYAN, SPIELMANN,  
POPOVIĆ, MALINVERNI ET PARDALOS

Nous ne partageons pas la position de la majorité selon laquelle il n'y a *pas* eu, en l'espèce, violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Nous pensons, en effet, que le requérant, qui a passé vingt-huit années en prison, où il a travaillé pendant de longues périodes, a fait l'objet d'une discrimination dans la mesure où, en raison de sa condition de détenu, il n'a pas été affilié au régime des pensions de retraite.

1. D'emblée, nous tenons à préciser que nous sommes bien d'accord avec la majorité lorsqu'elle estime que le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait, quant à la nécessité d'un système de prévoyance pour les personnes âgées, dans une situation *comparable* à celle des salariés ordinaires (paragraphe 95 de l'arrêt). L'arrêt écarte ainsi expressément, à juste titre, l'argument du Gouvernement selon lequel les détenus qui travaillent ne seraient pas dans une situation analogue aux autres salariés, en raison notamment d'une différence de nature et d'objectif du travail pénitentiaire, ce dernier étant obligatoire et poursuivant un objectif de réinsertion et de resocialisation.

2. Notre divergence avec la majorité porte sur le point de savoir si la différence de traitement subie par le requérant quant à l'affiliation au régime des pensions de retraite, prévue par la loi sur le régime général de la sécurité sociale, était justifiée au regard des exigences de la Convention. A notre avis, elle ne l'était pas.

3. En ce qui concerne, tout d'abord, le *but légitime* poursuivi par la différence de traitement litigieuse, l'arrêt se réfère à « la préservation de l'efficacité économique du système des pensions de retraite et [au] maintien de sa cohérence générale, au moyen de l'exclusion du droit à prestations des personnes n'ayant pas versé une quantité significative de cotisations » (paragraphe 98 de l'arrêt). S'il est bien entendu raisonnable de prendre en compte les réalités économiques, force est néanmoins de constater que, dans sa jurisprudence récente, la Cour tend progressivement à leur donner une importance considérable, parfois au détriment des droits fondamentaux (*N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05, CEDH 2008, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CEDH 2008, et *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CEDH 2010). En outre, *stricto sensu*, le « bien-être économique du pays », que l'on trouve à l'article 8 de la

Convention, ne figure pas en tant que tel dans l'article 1 du Protocole n° 1, qui évoque de manière plus large l'intérêt général.

4. En ce qui concerne, ensuite, la question de la *proportionnalité*, l'arrêt commence par rappeler de manière très forte la jurisprudence désormais bien établie de la Cour « selon laquelle, d'une manière générale, les détenus continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté, lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention. Il serait inconcevable qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation » (paragraphe 99 de l'arrêt). Néanmoins, dans l'application de cette jurisprudence en l'espèce, la majorité s'oriente dans une autre direction.

5. L'arrêt se fonde en grande partie sur la *marge d'appréciation* qui doit être accordée à l'Etat, l'un des éléments pertinents à cet égard pouvant être l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants (paragraphe 104 de l'arrêt). Or nous observons qu'il se dégage aujourd'hui, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, une tendance croissante à l'affiliation des détenus exerçant un travail aux systèmes de sécurité sociale internes. Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 traduisent sur le plan politique la position de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe<sup>1</sup>. Elles consacrent sur la base des règles 64 et 65 des Règles pénitentiaires de 1987 le principe de normalisation des conditions de détention comme fondement de la politique en matière d'exécution des peines<sup>2</sup>. Elles recommandent explicitement que « les détenus exerçant un travail [soient], dans la mesure du possible, (...) affiliés au régime national de sécurité sociale » (règle 26.17). Cette tendance réduit progressivement la marge d'appréciation dont les Etats peuvent jouir dans ce domaine. S'ils conservent toujours une possibilité de choix relativement aux politiques à mettre en œuvre et au moment où il convient d'introduire des changements législatifs (*Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, §§-36-42, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, et *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, §§ 63-65, CEDH 2006-VI), ils ne peuvent faire complètement abstraction de pareille évolution.

1. Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes, adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres.

2. La notion de normalisation se définit comme étant le rapprochement égalitaire des conditions de la détention avec les standards de la société libre, tant dans leur dimension sociale que juridique (W. Lesting, *Normalisierung im Strafvollzug. Potential und Grenzen des §3 Absatz 1 StVollzG*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1988, et E. Shea, « Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne », *Déviance et société*, vol. 29, n° 3, 2005, pp. 349 et suiv.).

6. Nous sommes frappés par le manque de flexibilité du système appliqué au requérant. L'article 4 § 2 de la loi sur le régime général de la sécurité sociale, tel qu'interprété par les juridictions internes, prévoit l'exclusion *automatique* des détenus exerçant un travail du régime obligatoire des pensions de retraite. C'est ainsi que le requérant a travaillé pendant vingt-huit ans comme détenu sans jamais avoir été affilié à ce système. Hormis la considération selon laquelle les détenus qui travaillent se trouvent dans une situation différente de celle des salariés ordinaires en ce qu'ils n'accomplissent pas leur travail sur la base d'un contrat mais en vertu d'une obligation légale, l'exclusion se fonde principalement sur la prémisse suivant laquelle les détenus ne disposent pas des ressources nécessaires pour verser des cotisations au régime des pensions de retraite. Or cette situation est le résultat du choix politique délibéré de l'Etat de retenir 75 % de la rémunération des détenus à titre de contribution aux frais de leur entretien, ce qui est un pourcentage particulièrement élevé<sup>1</sup>. Les détenus sont dès lors en quelque sorte « condamnés » à ne pouvoir effectuer des versements suffisants.

7. Si le fait de déduire une contribution aux frais d'entretien de la rémunération d'un détenu n'est pas en soi contraire à la Convention (*Puzinas c. Lituanie* (déc.), n° 63767/00, 13 décembre 2005), le pourcentage élevé de la contribution, dans le système autrichien, ne laisse pratiquement aucune place pour des cotisations à la sécurité sociale en dehors d'un petit pourcentage pour le versement de cotisations au régime de l'assurance chômage. Il y a, à notre avis, un manque d'équilibre entre l'intérêt général qu'il peut y avoir à assurer la participation des détenus aux frais causés à la collectivité par leur incarcération et l'intérêt qu'a chaque détenu à assurer ses vieux jours. Or, aujourd'hui, en raison notamment des peines de longue durée que l'on observe dans de nombreux pays, la présence en prison de détenus plus âgés est une réalité sociologique nouvelle qui pose nécessairement, au moment de la sortie de ces détenus, la question de la pension de retraite. Le cas du requérant le montre bien. Il a passé vingt-huit années de sa vie en prison et a été libéré à l'âge de soixante-six ans.

8. Certes, le requérant n'a pas été laissé sans aucune couverture sociale. Depuis l'amendement apporté à la loi sur l'assurance-chômage en 1993, les détenus exerçant un travail sont affiliés au régime de l'assurance-chômage,

---

1. Voir A. Pilgram, « Austria », in D. van Zyl Smit et S. Snacken (éds.), *Prison Labour: Salvation or Slavery? International Perspectives*, Onati International Series in Law and Society, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 21.

que le législateur avait considéré comme représentant, à ce moment, l'instrument le plus efficace pour favoriser la réinsertion des détenus après leur libération. Toutefois, comme le Gouvernement le reconnaît, le législateur autrichien lui-même avait considéré qu'il ne s'agissait là que d'une *première étape* vers une intégration pleine et entière des détenus exerçant un travail dans le système de la sécurité sociale (paragraphe 78 de l'arrêt). Or, nonobstant cette intention, la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite n'a pas été discutée par la suite.

9. Sur le plan judiciaire, le requérant a porté son affaire devant les tribunaux en 2001 et la Cour suprême a rendu son arrêt en 2002. Pour conclure que la non-affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite n'était pas discriminatoire, les juridictions internes se sont bornées à renvoyer à l'arrêt de principe qu'avait rendu la Cour suprême sur cette question en 1990, soit il y a plus de vingt ans déjà. Elles n'ont pas jugé nécessaire de se pencher à nouveau sur le point de savoir si la non-affiliation des détenus exerçant un travail était toujours proportionnée à un quelconque but légitime et ne se sont pas livrées à un examen de la situation particulière du requérant.

10. Quant à la situation actuelle du requérant, celui-ci continue de percevoir l'allocation de nécessité (à laquelle il a droit au motif qu'il avait été couvert par la loi sur l'assurance-chômage à l'époque où il travaillait en qualité de détenu), complétée par un régime d'aide sociale conçu pour les personnes incapables d'assurer autrement leurs besoins de base. Mais nous pensons que ni l'allocation de nécessité ni l'aide sociale ne peuvent se comparer à une pension de retraite accordée sur la base du nombre d'années travaillées et des cotisations versées. D'un côté, il s'agit d'une assistance, de l'autre, d'un droit. *La différence est majeure en termes de respect de la dignité de la personne.* La sécurité sociale fait partie intégrante de la dignité humaine. Par ailleurs, il est reconnu aujourd'hui, dans la pénologie moderne, que le reclassement social implique le développement de la responsabilité personnelle. Enfin, en ce qui concerne l'accès aux services sociaux, le Comité européen des droits sociaux a bien montré que les anciens détenus constituent un groupe vulnérable.

11. Dans ces circonstances, nous pensons que la non-affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite crée entre les détenus et les salariés ordinaires une distinction qui risque de produire – et qui, dans le cas du requérant, produit effectivement – des effets à long terme qui dépassent de loin les exigences légitimes de l'exécution d'une peine d'emprisonnement donnée. Certains n'hésitent pas à parler de *double*

*peine*<sup>1</sup>. Une telle situation n'est guère compatible avec l'idée selon laquelle un détenu ne doit pas subir d'autres restrictions à ses droits que celles qui sont nécessairement et inévitablement liées aux conséquences de l'incarcération. De surcroît, elle ne sert pas le but de réinsertion sur lequel, aux dires du Gouvernement lui-même, le système du travail pénitentiaire se fonde.

12. L'arrêt laisse cependant une porte ouverte pour le futur. La Grande Chambre prend acte d'un contexte où les normes sont en évolution et considère que si aujourd'hui l'Etat défendeur n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouissait en la matière en s'abstenant d'affilier les détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite, il est invité à surveiller la situation à l'avenir (paragraphe 110 de l'arrêt). Les détenus, faut-il le rappeler, sont des personnes qui ont été reconnues par la Cour elle-même comme étant en situation de vulnérabilité (voir, par exemple, *Algür c. Turquie*, n° 32574/96, § 44, *Mikadzé c. Russie*, n° 52697/99, § 109, 7 juin 2007, *Renolde c. France*, n° 5608/05, § 93, CEDH 2008, et *Aliev c. Géorgie*, n° 522/04, § 97, 13 janvier 2009). Aujourd'hui, le droit à une pension de retraite fait partie du pacte social liant les citoyens à l'Etat.

---

1. Voir *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus: une double peine?*, sous la direction de V. van der Plancke et G. Van Limberghen, Bruxelles, série «Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie», n° 16, La Chartre, 2010.



## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE TULKENS

1. Je pense que, dans cette affaire, il y avait de bonnes raisons de conclure à la violation de l'article 4 de la Convention, qui interdit le travail forcé. Il en va d'autant plus ainsi que la Cour conclut à la non-violation de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

2. Certes, l'article 4 § 3 a) précise que n'est pas considéré comme travail forcé ou obligatoire le *travail requis normalement d'une personne soumise à la détention*. Toutefois, l'interprétation de cette disposition, inscrite dans la Convention en 1950, doit se faire à la lumière de la situation actuelle. Plus précisément, les concepts dont se sert la Convention sont à entendre dans le sens qui leur est donné par les sociétés démocratiques aujourd'hui.

3. La Cour a depuis longtemps considéré que, « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties »<sup>1</sup>. Une telle interprétation est inspirée par le Préambule de la Convention, qui se réfère à la sauvegarde et au développement des droits et libertés. La « sauvegarde » implique que la Cour veille notamment à ce que les droits et libertés énoncés dans la Convention demeurent effectifs lorsque les circonstances évoluent. Quant au « développement », il autorise un degré d'innovation et de créativité qui est susceptible d'élargir la portée des garanties de la Convention. En outre, dans l'arrêt *Golder*, la Cour a bien précisé, concernant la méthode téléologique, « qu'il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux Etats contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les *termes mêmes* de la première phrase de l'article 6 § 1, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention »<sup>2</sup>. Le même raisonnement peut être tenu en ce qui concerne l'article 4 § 3 a).

4. Cette jurisprudence a des prolongements naturels. La Cour va développer l'idée/le principe de la protection effective des droits de la Convention<sup>3</sup>. A partir de là, la théorie de l'effet utile est devenue le socle de la protection des droits et libertés de la Convention. Il faut donner aux droits « leur pleine portée », car le but de la Convention est de garantir des droits qui ne sont pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs.

5. Au regard de l'article 4 de la Convention, l'arrêt constate, à juste titre, que la jurisprudence de la Cour concernant le travail en prison est peu

1. *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, p. 23, § 8, série A n° 7.

2. *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 36, série A n° 18.

3. *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1968, p. 32, § 5, série A n° 6.

abondante. En fait, s'agissant de la rémunération et de la couverture sociale des détenus, la seule décision pertinente est celle rendue par la Commission européenne des droits de l'homme le 6 avril 1968 dans l'affaire *Vingt et un détenus c. Allemagne* (nos 3134/67, 3172/67, 3188-3206/67, décision de la Commission du 6 avril 1968, Recueil de décisions 27, pp. 97-116), où la requête avait été déclarée manifestement mal fondée.

6. Plus de quarante ans se sont écoulés depuis cette décision d'irrecevabilité, et le droit pénitentiaire – quasi inexistant à l'époque – a connu pendant cette période des développements considérables. Traditionnellement considérée comme une zone de non-droit, la prison s'est progressivement ouverte aux droits fondamentaux, pour le plus grand bénéfice non seulement des détenus, mais aussi de l'administration pénitentiaire et de ses agents. Ainsi, sur cette même question de la rémunération des détenus, qui a fait l'objet de la décision d'irrecevabilité de la Commission de 1968 évoquée au point précédent, il est intéressant de constater que la Cour constitutionnelle allemande, trente ans plus tard, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1998, a estimé tout au contraire que, dans la mesure où l'Etat a un devoir constitutionnel de viser la resocialisation des prisonniers et a choisi le travail obligatoire en prison comme une des manières de le réaliser, il doit rémunérer un tel travail de manière appropriée, celui-ci ne pouvant produire les résultats escomptés que s'il est dûment rétribué<sup>1</sup>. Quoique la Cour constitutionnelle ne précise pas le montant que devrait revêtir une telle rétribution, elle affirme qu'il est inconstitutionnel de verser aux détenus une rémunération d'un faible montant qui n'a aucun rapport avec la valeur du travail réalisé ou avec le salaire minimum octroyé à l'extérieur. Et le principe fondateur est celui de la *dignité humaine*<sup>2</sup>. De même, la règle 26.10 des Règles pénitentiaires européennes de 2006 énonce la nécessité d'une rémunération équitable pour les détenus.

7. En Autriche, comme nous l'avons vu, les détenus sont obligés de travailler en vertu de l'article 44 de la loi sur l'exécution des peines; en outre, le refus de travailler constitue une infraction réprimée par les articles 107 § 1 et 109 de la même loi d'une peine allant de la réprimande à l'isolement cellulaire. Il s'agit donc bien – et ce n'est pas contesté – d'un travail sous la menace d'une peine au sens de la Convention n° 29 de l'OIT et donc d'un travail forcé ou obligatoire.

8. Dans un contexte de cet ordre, peut-on vraiment encore considérer en 2011, à la lumière des normes actuelles en matière de sécurité sociale, que

1. BverfG – 2 BvR 441/90, 1<sup>er</sup> juillet 1998.

2. D. van Zyl Smit et S. Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 192.

le travail accompli en prison sans aucune affiliation au régime des pensions de retraite est un travail qui peut être *normalement* imposé à une personne soumise à la détention? Il ne me le semble pas. C'est là pour moi le point essentiel. Aujourd'hui, un travail sans couverture sociale adéquate ne peut plus être considéré comme un travail normal. Il s'ensuit que l'exception prévue par l'article 4 § 3 a) de la Convention n'est pas d'application en l'espèce. *Même un détenu ne peut être forcé à accomplir un travail anormal.* Examinant l'affaire sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, l'arrêt constate d'ailleurs expressément que « le requérant, en sa qualité de détenu exerçant un travail, se trouvait dans une situation comparable à celle des salariés ordinaires » (paragraphe 95 de l'arrêt).

9. Si l'on veut donner un sens à la célèbre formule de l'arrêt *Campbell et Fell* de 1984 suivant laquelle « la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons »<sup>1</sup>, il importe de tenir compte de l'évolution dans les Etats membres reflétée, notamment, par les Règles pénitentiaires européennes de 2006, qui font du principe de normalisation du travail accompli en prison un des principes de base de la matière et qui a inspiré des réformes dans certains Etats membres<sup>2</sup>.

10. Pour conclure à la non-violation de l'article 4 de la Convention, l'arrêt se fonde de manière décisive sur l'absence d'un *consensus* suffisant dans les Etats membres sur la question de l'affiliation des détenus au régime des pensions de retraite (paragraphe 132 de l'arrêt). Cet argument soulève, à mes yeux, deux difficultés. La première est de l'ordre du fait. Aujourd'hui, à la suite du développement des longues peines de prison, le profil des détenus s'est modifié et la réalité carcérale est celle d'un nombre croissant de détenus plus âgés. Alors que, pour les détenus plus jeunes, les exigences de la resocialisation impliquent une couverture santé et accidents ainsi qu'une inscription au régime de l'assurance chômage, pour les détenus plus âgés, elles impliquent aussi la garantie d'une pension de retraite. La seconde est de l'ordre du droit. Quelle est en l'espèce la place du consensus européen, dont la fonction est surtout de déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation? Certes, la flexibilité inhérente à la marge d'appréciation est un élément essentiel mais, comme la Cour l'a répété maintes fois, elle doit aller de pair avec le contrôle européen. Celui-ci fait défaut en l'espèce.

---

1. *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, § 69, série A n° 80.

2. Ainsi, par exemple, en Belgique, la Loi de principe concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus du 12 janvier 2005 est une partie de la réforme qui vise à la normalisation du travail en prison, en le rendant le plus similaire possible au travail dans la société et en requérant son inclusion dans le système de sécurité sociale.



ĐURĐEVIĆ v. CROATIA  
*(Application no. 52442/09)*

FIRST SECTION

JUDGMENT OF 19 JULY 2011<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Violence among pupils in school****Articles 3 and 8**

*Inhuman and degrading treatment – Respect for private life – Violence among pupils in school – Positive obligations – Requirement of adequate legal framework for the protection of vulnerable groups – Vague and unspecified allegations of violence insufficient to trigger State’s positive obligations*

\*

\* \*

In their application to the European Court, the applicants (a schoolboy and his parents) complained that the third applicant, who was of Roma origin, had been subjected to violence by other pupils from the secondary school he attended. Following an incident in October 2008 in which he sustained an injury to his nose he was interviewed by the police, but said that the injury was the result of an accident. Medical reports were drawn up following further incidents in which the third applicant claimed to have been beaten up both in and outside school and in February 2010 he was diagnosed with a serious eye impairment as a result of a contusion.

*Held*

Articles 3 and 8 (alleged violence in school): The States’ duty to provide individuals within their jurisdiction, in particular children and other vulnerable persons, effective protection against ill-treatment included an obligation to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by others. The third applicant, who was 15 years old when the events in question took place, clearly fell into the category of “vulnerable individuals” entitled to State protection. In support of his allegations that he had been frequently ill-treated by other pupils at the school he attended, he had submitted a series of medical reports documenting his accounts of beatings, abdominal and back pain, headaches and permanent eye damage. However, both in their submissions to the national authorities and to the Court, the applicants’ complaints had been formulated only in vague and general terms, without indicating the exact dates or circumstances. Indeed, the only specific incident they had referred to – which had been examined by the school authorities and noted in one of the medical reports –

---

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

had turned out to be an accident. The medical reports had either noted no injuries or, in the case of the permanent eye damage, not indicated the cause of the injury or whether it was connected with a specific incident of violence at school. Though aware of the seriousness of the problem of violence in schools, the Court could not see how the applicants' vague and unspecified allegations could have set off the State's positive obligations under Articles 3 or 8 of the Convention. For such an obligation to be triggered, allegations of violence had to be specific and more detailed as to the time, place and nature of the acts complained of.

*Conclusion:* inadmissible (manifestly ill-founded).

### **Case-law cited by the Court**

*X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, Series A no. 91

*Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, Series A no. 247-C

*H.L.R. v. France*, 29 April 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III

*Botta v. Italy*, 24 February 1998, *Reports* 1998-I

*A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VI

*Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII

*Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, ECHR 2002-I

*D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, no. 38719/97, 10 October 2002

*E. and Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, 26 November 2002

*M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, ECHR 2003-XII

*Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, 12 June 2008

*Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, 5 March 2009



**In the case of Đurđević v. Croatia,**

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

Anatoly Kovler, *President*,

Nina Vajić,

Peer Lorenzen,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

George Nicolaou,

Mirjana Lazarova Trajkovska, *judges*,

and Søren Nielsen, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 28 June 2011,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 52442/09) against the Republic of Croatia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by three Croatian nationals, Mr Đuro Đurđević (“the first applicant”), his wife Katica Đurđević (“the second applicant”) and their son Danijel Đurđević (“the third applicant”), on 14 September 2009.

2. The applicants were represented by Ms L. Kušan and Mr Z. Kušan, lawyers practising in Ivanić Grad. The Croatian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms Š. Stažnik.

3. On 10 September 2010 the President of the First Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

**THE FACTS****I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE**

4. The applicants were born in 1967, 1966 and 1994 respectively and live in Kloštar-Ivanić.

...

*2. The alleged incidents of violence against the third applicant at the school he was attending*

31. The medical report of 27 October 2008 on the third applicant shows that he complained that he had been hit by a pupil at the school he was attending. He had a deviation of the nasal septum which could be of a post-traumatic character. There were no signs of broken nasal bones.

32. On 19 December 2008 the first applicant complained to the Government that his son, the third applicant, had been constantly insulted and frequently beaten by other pupils because of his Roma origin.

33. An interview with the third applicant was conducted at the Ivanić Grad police station on 12 January 2009. He explained that on an unspecified date in late October 2008, after physical training, he had gone to the changing room to pick up his things. Pupil L.R. had been in front of him. Someone had pushed L.R. and his head had hit the third applicant's face, hurting his nose. He had reported the incident to the class teacher, who had sent him to see a doctor. He had not had any other symptoms and the pain had ceased after a few days.

34. On 9 January 2009 the Ministry of Science, Education and Sport asked the school authorities to reply to the first applicant's allegations of 19 December 2008. The school prepared two reports. The relevant part of the first report, drawn up on 14 January 2009 by the applicant's class teacher, reads:

"... after only two weeks at this school I encountered conflicts between pupils. D. Đurđević first reported a run-in with another pupil when pupil L.R. unintentionally hit him on the nose with his head because Danijel was standing behind L.R. when L.R. swung his head back. ... Danijel came to me complaining that his nose hurt and told me that L.R. had hit him hard. He made it quite clear that the blow had been unintentional, which other pupils who witnessed the incident confirmed. The next day Danijel complained that his nose still hurt, so I sent him to see a doctor. I also tried to inform the Đurđević family, but their mobile telephone was switched off. Since it was established that the contact between Danijel and L.R. had been accidental, with no intention of hurting Danijel, I had no reason to punish anyone. These events happened on 21, 22 and 23 October 2008.

On 22 October 2008, during a break, a verbal and physical conflict involving pupils I.D., M.K., L.R. and D. Đurđević occurred. From interviews with these pupils I learned that I.D., M.K. and L.R. were playing with a box ... which annoyed Danijel, who wanted to throw the box away, so Danijel and the other pupils started arguing. Pupils I.D., M.K. and L.R. said that after some pushing and shoving Danijel threatened them with physical violence and I.D., M.K. and L.R. answered by swearing at him. Danijel then hit M.K. and L.R. During the following break the pupils reported the incident to me and I reported it to the authorities. A class teacher gave pupils

I.D., M.K. and L.R. verbal warnings. Pupil D. Đurđević was given a written warning because he had already received verbal warnings.

On 16 December [2008], during a break, my pupils came to me to report a fight started by Danijel. They told me that P.G. and D.A. had been standing outside the history classroom talking when Danijel had arrived and kicked P.G.'s bottom. D.A. had asked him why had he done it and Danijel had insulted her. She had returned the insults and entered the classroom. Danijel had followed her in, pressed her against a wardrobe in the classroom, grabbed her by her hair and kneed her in the hip and stomach. The pupils had seen Danijel hit her seven times before the boys had managed to separate them. With the help of the history teacher ... Danijel confessed that he had started the fight and explained what he had done ... He confirmed the pupils' version of events and wrote it all down on paper, as did the girls who witnessed it. He even demonstrated how he had pressed D.A. against the wardrobe and held her while he hit her. I reported the incident to a pedagogue, V.V., who immediately talked to Danijel, D.A. and the pupils who witnessed the incident, then called Danijel's and D.A.'s parents and the police. Defectologist A.N. was also informed and set about resolving the situation. I informed the teachers of the incident at their meeting on 19 December 2008 and suggested giving Danijel Đurđević a written reprimand for causing and participating in verbal and physical conflicts, inflicting bodily injuries on D.A. and violating the school rules by not wearing school slippers, and that suggestion was unanimously accepted.

As regards unacceptable behaviour towards pupil Đurđević, Danijel complained to me on three occasions that other pupils had been teasing him ... about his age and his alleged liking for a pupil in another class. After Danijel's complaint I warned the pupils concerned and instructed them to avoid verbal conflicts. I also talked to Danijel on several occasions, and he told me that if the teasing continued he would hit the pupils concerned. On the basis of these interviews, I concluded that Danijel identified verbal insults with physical violence and considered it appropriate to react to teasing with violence, without showing any remorse.

After the incident in December when Danijel inflicted injuries on D.A, the pupils told me that Danijel's usual reaction to teasing among the pupils included threats of physical violence, swearing and inappropriate comments about a girl pupil from his class, with allusion to her physical attributes and to sexual activity. As an example of his typical behaviour, the pupils mentioned Danijel's kicking of pupils in passing. He would bend his knee and kick them with a sudden backwards movement of his leg. During our latest conversation the pupils told me that they had been avoiding Danijel for some time, explaining that they had stopped teasing him out of fear that he would put his threats of physical violence into practice. Danijel, on the other hand, has never complained to me that any of the pupils have tried to harm him."

35. The relevant part of the second report, drawn up on 15 January 2009 by the pedagogue at the same school, reads:

"Danijel Đurđević has very frequent verbal conflicts with his classmates and sometimes with his teachers as well. The interviews with him reveal that in his opinion the cause of these conflicts is that he 'wants to have fun and make jokes but the others

do not see it that way'. On innumerable occasions the class teacher, the defectologist and I have explained to him that what he perceives as a joke is not necessarily [seen as such] by others, and that sometimes people are not in the mood for jokes but that that does not require a vehement reaction.

He is repeating the sixth grade and at the beginning of the school year he said he missed his friends from his former class, but he also promised to be a better pupil, to listen to the teachers, the defectologist and me and to refrain from arguing with other pupils. I praised him for that attitude; he has showed some improvement in his school work, but the conflicts with other pupils have persisted. Mostly pupils from his class are involved, but sometimes he would go to the class attended by his sister D. and try to solve her problems, in an inappropriate manner, shouting and threatening the younger pupils. As regards educational measures, on 23 September [2008] he was issued a verbal reprimand by a class teacher and on 28 October 2008 he received a written warning for fighting with other pupils, of which the parents were informed verbally by the class teacher. The other pupils involved in the fighting were given verbal warnings while Danijel received a written warning for repeating the unacceptable behaviour for which he had been warned verbally on 23 September 2008.

On 16 December 2008 during a break ... there was a scuffle between Danijel and pupil D.A. The pupils who witnessed it came to me and the class teacher. [We found] D.A. at the scene, crying, with dishevelled hair, obviously in shock, clutching her stomach with both hands. The pupils told us what had happened. I took D.A. to my office and assessed whether an ambulance had to be called. D.A. said that she was frightened and had pains in her head and stomach, but that there was no need to see a doctor. She had no external injuries, save for pulled hair and red marks on her stomach.

Danijel had no injuries; he said that he had hit her because they had said something to him which had made him angry. The parents of both pupils were informed. The Đurđević parents came immediately, and D.A.'s mother came later ... The Đurđević parents wanted to talk with D.A. immediately to see what had happened. Since they were shouting and talking at the same time as Danijel, I asked them to calm down and told them that they had no right to question D.A. without her parents being present. As they had been informed about the incident, I told them to go home and that my duty was to report the incident to a welfare centre and the police, and I asked them to take Danijel home. Dissatisfied with what I had said, they reacted inappropriately, especially Mrs Đurđević, complaining that when Danijel had been insulted there had been no reaction and the police had not been called. They said they would deal with it in their own way. An hour later D.A.'s father came to my office, upset and disappointed that I had not called an ambulance and that the police had not come to the school.

At a teachers' meeting on 19 December 2008, it was decided that a written reprimand would be issued against Danijel for serious physical conflict in which he had inflicted bodily injury. Although this was not his first attack on a pupil at the school and the usual measure would be a harsh reprimand, in view of his overall social condition, which affected his development, a more lenient punishment was issued.

It is to be stressed that we regularly talk to Danijel, at his request (at least two or three times a week), and we also provide him with adequate aid in terms of conversations with him, alone and together with other pupils; he receives help with his school work (once I personally cleaned the muddy trainers he wore to school instead of slippers, because he did not know how to do it).

Today he is reported to have punched pupil I.M. on the left cheek because I.M. threw his cap at him.

As regards the incident when his nose was hurt on 21 or 22 October 2008 (I do not know the exact date because Danijel cannot remember exactly when it happened), Danijel said in the presence of his parents that he happened to be standing behind a boy who swung his head back because he had long hair, and that his nose had been like that before, which is confirmed by medical documents submitted by the parents ...

I would like to stress that in both my personal and my professional capacity I have done a lot to help the Đurđević parents and their children. On many occasions, the Đurđević parents have stated that we do not know how to resolve problems with Roma people, alleging that the pupils at the school, as well as other people, had been denigrating them. I expressed my regret at such behaviour and stressed that they could not have experienced anything like that from me (which they confirmed), and reassured them that I would certainly react in the event of such behaviour by the pupils, in order to protect their children, and direct the pupils as to the correct attitude to adopt towards the Roma. I could not be held responsible for other people's reactions because these things are a matter of personal culture.

I advised them to tell their older, grown-up children who come to the school to take their younger siblings home to wait outside the school or not to enter the school before the end of classes without registering with a pupil on duty (they would get angry when asked to show their identity cards by pupils on duty, and would go to the classrooms without authorisation). In conversations with them, they have admitted that their children also sometimes use bad language that they hear at home, and I think that their complaint that their children are the only ones ill-treated at school is not true.

The social services and the police were informed about the supervision of pupils in order to help them with their existential problems.”

36. On an unspecified date the second applicant lodged a criminal complaint with the Velika Gorica Municipal State Attorney's Office (*Općinsko državno odvjetništvo u Velikoj Gorici*) on charges of bodily harm (*tjelesna ozljeda*). It appears that this complaint was related to beatings the third applicant had suffered at school.

37. On 24 February 2009 the second and third applicants were invited to the Velika Gorica Municipal State Attorney's Office for an interview in connection with the incident of 16 December 2008.

38. The medical report of 26 March 2009 indicates that the third applicant claimed that a pupil had hit him in the back with a ball and

that he had been beaten by pupils at school and insulted constantly for a week. He alleged that he had pains in his stomach and back. There were no visible injuries. He was diagnosed with abdominal contusions (*contusio abdominis*). The ultrasound examination did not show any injuries. He refused hospitalisation.

39. On 18 September 2009 the first applicant lodged a complaint with an unspecified body against the school authorities who were, in his view, not being proactive in protecting his son, the third applicant, from constant beatings.

40. On 15 December 2009 the third applicant was examined in connection with his headaches by the ophthalmologist at Dubrava Hospital (*Klinička bolnica Dubrava*). The applicant alleged that he had been beaten up at school and out of school. The doctor requested the opinion of the school authorities and the school psychologist.

41. On 8 February 2010 the third applicant was examined again, and was diagnosed as having serious impairment to the sight in his right eye as a result of a contusion (*cephaela gradus gravis post contusionem*). The applicant said that he had been beaten up at school and out of school. The doctor observed that there had been no response from the school authorities or the school psychologist and once again asked for their opinion. The third applicant was referred to a neurologist and a brain surgeon. There is no indication that he followed the recommendation.

42. On the same day, the Velika Gorica Municipal Court found the third applicant guilty of inflicting bodily harm on D.A. on 16 December 2008 and ordered him to apologise to D.A. and to be placed under strict care and supervision.

43. On an unspecified date the second applicant complained about the violence against the third applicant in school and submitted medical documentation. She alleged that she and the boy's father had complained to the school about Danijel being beaten by other pupils on many occasions and that nothing had been done. She also alleged that they (the parents) had been thrown out of the school and had not been allowed to pay insurance for Danijel at the school. She enclosed medical documentation concerning the third applicant dated 17 March 2010, showing that he had been hit on the head on 26 March and 9 December 2009, and on 16 February 2010.

44. On 7 April 2010 the school headmaster drew up a report at the request of the Zagreb Clinic for the Protection of Children. The relevant parts of the report read as follows:

“Observations about the pupil Danijel Đurđević

...

In the sixth grade [Danijel] has had frequent verbal conflicts with pupils from his class (sometimes also physical conflicts such as pushing, or pulling clothes), and sometimes with teachers as well. The interviews with him reveal that in his opinion the cause of these conflicts is that he ‘wants to have fun and make jokes but the others do not see it that way’. On innumerable occasions the class teacher and professional assistants at school have explained to him that what he perceives as a joke is not necessarily [seen as such] by others and that sometimes people are not in the mood for jokes, but that that does not require a vehement reaction.

The police intervened for the first time during Danijel’s sixth grade in December 2008, after a serious incident with a pupil. ... Danijel grabbed the girl by the head and kicked her in the stomach. After our intervention with the relevant outside services the parents, possibly dissatisfied with our conduct, complained to the Office for National Minorities, which asked for our observations.

[The incident when Danijel was hit on the nose is described]

...

In December last year Danijel complained about having a headache because ‘he had been hit with an iron bar’. During the interview with him, we learned that on the previous day Danijel had been hit by unknown persons ..., out of school, after lessons. He refused our suggestion to call his parents to come to take him home. Instead, he asked for painkillers, as he frequently does ... After a few moments he left the school without authorisation, went to see a doctor and returned after an hour with two prescriptions ...

On 4 March 2010 the Đurđević parents were invited to the school to fetch their daughter, who was in the sixth grade and who was throwing chairs and benches in her classroom following a verbal conflict with other pupils in her class. When Danijel heard about it, he tried to ‘solve the situation in his way’, by threatening the pupils and teachers (he mentioned a knife). The teachers calmed him down but he had already called his brother or father on a mobile telephone and soon his grown-up elder brother arrived at the school. At the entrance he brushed past the pupil on duty and shouted at him, and opened various classroom doors looking for his sister and brother. One of the teachers ... heard the noise and asked the young man to stop making noise and disturbing classes and told him that he would find his brother and sister. But the brother continued to address the teacher in an inappropriate manner and threatened to ‘take things into his own hands’. The teacher immediately called the police and it is possible that this is the incident the Đurđević parents were referring to in connection with police intervention.

Danijel frequently complains to teachers of headaches and asks for pills and permission to leave the classroom. Sometimes he leaves without authorisation or without the teachers’ knowledge. ...

In principle we do not give pills to pupils but call the parents to pick up their children and take care of them.

Danijel is also complaining less frequently of being insulted by other pupils. We have talked to these pupils and taken educational measures when such incidents continued. It has been noticed lately that Danijel has been refusing school work, has reacted vehemently to advice and would sometimes address the pupils and teachers in an inappropriate manner.

I would like to stress that the class teachers informed the [Đurđević] parents at parent-teacher meetings of verbal incidents involving individual pupils, and the parents reacted more than correctly and apologised. I would also like to stress that six other Roma pupils attend our school and that they are good pupils and cooperation with their parents is satisfactory for all.”

...

## THE LAW

...

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 3 AND 8 OF THE CONVENTION IN CONNECTION WITH THE ALLEGATIONS OF ILL-TREATMENT INFLICTED ON THE THIRD APPLICANT AT THE SCHOOL HE WAS ATTENDING

96. Relying on Articles 3 and 8 of the Convention, the applicants complained that the school authorities had failed to protect the third applicant from frequent beatings at school.

#### **A. Admissibility**

##### *1. The parties' submissions*

97. The Government argued that the applicants had not exhausted domestic remedies since they had not submitted a criminal complaint.

98. They further argued that there was no positive obligation on the part of the State in connection with the allegations of violence against the third applicant at the school he was attending because the applicants had never informed the relevant authorities of any incident of violence. The only incident reported to the school authorities concerned an accident on 21 October 2008. Both the school and the police had established all relevant facts with respect to that incident and concluded that it had been an accident and not an intentional act.



99. The applicants argued that the third applicant was a minor and that it was for the relevant authorities to establish the cause of his injuries, even if he had remained passive. However, they had not done this and his parents had informed the police and the welfare centre about the violence he had suffered at school. Furthermore, the medical report concerning the third applicant clearly showed that the school authorities had been informed about the injuries he had sustained as a result of violence by other pupils and that the school had ignored them.

100. The applicants argued that the medical documentation in respect of the third applicant showed that he had sustained multiple head injuries over a lengthy period of time and that he had been beaten on several occasions, all of which had resulted in serious eye damage. He had frequently asked his teachers for painkillers. The doctor who had examined him had informed the school authorities and asked for their reaction. The applicants had informed the police, the welfare services and the school authorities of frequent incidents of violence by other pupils. In these circumstances, the State had an obligation to address these allegations and take adequate measures to protect the third applicant from violence at school. However, no action had been taken.

## 2. *The Court's assessment*

101. The Court considers that the nature of the complaint – lack of adequate measures to protect the third applicant from violence by his classmates and other pupils at the school he was attending – does not necessarily demand criminal prosecution or imply anyone's criminal responsibility. Therefore, there was no need for the applicants to submit a criminal complaint.

### (a) **General principles**

102. As regards Article 3, further to the principles stated ... above, the Court reiterates that, as regards the question whether the State could be held responsible, under Article 3, for ill-treatment inflicted on persons by non-State actors, the obligation on the High Contracting Parties under Article 1 of the Convention to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, taken in conjunction with Article 3, requires States to take measures designed to ensure that individuals within their jurisdiction are not subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment, including such ill-treatment administered by private individuals (see, *mutatis mutandis*, *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 40, *Reports [of Judgments and Decisions]* 1997-III). These measures should provide effective protection, in particular, of children and other vulnerable

persons, and include reasonable steps to prevent ill-treatment of which the authorities had or ought to have had knowledge (see, *mutatis mutandis*, *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 116, *Reports* 1998-VIII, and *E. and Others v. the United Kingdom*, no. 33218/96, § 88, 26 November 2002).

103. As regards school discipline, the Court held as follows in its judgment in *Costello-Roberts v. the United Kingdom* (25 March 1993, §§ 27-28, Series A no. 247-C):

“27. The Court notes first that, as was pointed out by the applicant, the State has an obligation to secure to children their right to education under Article 2 of Protocol No. 1 (P1-2). It recalls that the provisions of the Convention and its Protocols must be read as a whole (see the *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, pp. 26 and 27, paras. 52 and 54, and the *Soering v. the United Kingdom* judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 40, para. 103). Functions relating to the internal administration of a school, such as discipline, cannot be said to be merely ancillary to the educational process (see, *mutatis mutandis*, the *Campbell and Cosans v. the United Kingdom* judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, p. 14, para. 33). That a school’s disciplinary system falls within the ambit of the right to education has also been recognised, more recently, in Article 28 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 which entered into force on 2 September 1990 and was ratified by the United Kingdom on 16 December 1991. This Article, in the context of the right of the child to education, provides as follows:

‘2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child’s human dignity and in conformity with the present Convention.’

Secondly, in the United Kingdom, independent schools coexist with a system of public education. The fundamental right of everyone to education is a right guaranteed equally to pupils in State and independent schools, no distinction being made between the two (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* judgment, Series A no. 23, p. 24, para. 50).

Thirdly, the Court agrees with the applicant that the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals (see, *mutatis mutandis*, the *Van der Mussele v. Belgium* judgment of 23 November 1983, Series A no. 70, pp. 14-15, paras. 28-30).

28. Accordingly, in the present case, which relates to the particular domain of school discipline, the treatment complained of although it was the act of a headmaster of an independent school, is nonetheless such as may engage the responsibility of the United Kingdom under the Convention if it proves to be incompatible with Article 3 or Article 8 or both.”

104. The Court considers that the same applies as regards issues of school discipline in relations among pupils.

105. As regards Article 8 of the Convention, the Court reiterates that there is no doubt that the events giving rise to the present complaint pertain to the sphere of private life within the meaning of Article 8 of the Convention. Indeed, the physical and moral integrity of an individual is covered by the concept of private life. The concept of private life extends also to the sphere of the relations of individuals between themselves. There appears, furthermore, to be no reason in principle why the notion of “private life” should be taken to exclude attacks on one’s physical integrity (see *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91).

106. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. 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 (*ibid.*, § 23; see also *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 33, *Reports* 1998-I; *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, § 57, ECHR 2002-I; and *Sandra Janković v. Croatia*, no. 38478/05, § 44, 5 March 2009).

107. As regards respect for private life, the Court has previously held, in various contexts, that the concept of private life includes a person’s physical and psychological integrity. Under Article 8 States have a duty to protect the physical and moral integrity of an individual from other persons. To that end, they are to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by private individuals (see *X and Y v. the Netherlands*, cited above, §§ 22 and 23; *Costello-Roberts*, cited above, § 36; *D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, no. 38719/97, § 118, 10 October 2002; *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 150 and 152, ECHR 2003-XII; *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, no. 71127/01, § 65, 12 June 2008; and *Sandra Janković*, cited above, § 45).

**(b) Application of these principles in the present case**

108. The Court will therefore examine whether Croatia, in dealing with the applicants’ case, has been in breach of its positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention.

109. The Court considers that the third applicant, as a 15-year-old minor at the time when the events in question took place, may be considered to fall within the group of “vulnerable individuals” entitled to State protection (see *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, *Reports* 1998-VI).

110. The Court notes that the applicants allege that the third applicant was frequently ill-treated by other pupils at the school he attended. They

support these allegations with medical reports of 27 October 2008, 26 March and 15 December 2009, and 8 February and 17 March 2010 documenting the third applicant's complaints of beatings, stomach and back pain, headaches and permanent eye damage.

111. The Court accepts that injuries such as permanent eye damage caused by blows to the head are of a serious nature and might call for the application of both Articles 3 and 8 of the Convention.

112. However, the Court also notes that in their submissions to the national authorities, as well as in their submissions before it, the applicants complained about the ill-treatment of the third applicant at school only in vague and general terms. They never indicated the exact dates or circumstances or any other details of specific incidents of the alleged ill-treatment.

113. The school authorities examined the allegations concerning the incident of 21 October 2008 and established that it had been an accident: pupil L.R. had swung his head back and accidentally hit the third applicant, who was standing behind him, on the nose. In order to trigger the State's positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention, however, the State authorities would have to have been aware of the risk of violence. It is clear that such is not the case in the event of accidental injuries.

114. As regards the injuries described in the medical documentation, the Court notes that the medical report of 27 October 2008 mentions an injury to the third applicant's nose and refers to the incident of 21 October 2008 when he was accidentally hit by another pupil. The medical report of 26 March 2009 does not indicate any visible injuries and the ultrasound examination did not detect any injuries. The medical report of 15 December 2009 indicates that on several occasions the third applicant had sustained blows to his head, in school and out of school. But no injuries were found.

115. On the other hand, permanent eye damage is a serious injury that was clearly established. However, the Court also notes that the third applicant alleged that he had been hit with an iron bar by unknown aggressors outside the school. The medical reports of 8 February and 17 March 2010 do not indicate the cause of the third applicant's eye damage or whether it is connected with a specific incident of violence at school. Nor did the applicants refer to a particular incident of violence at school which could have been the cause of that injury.

116. Other than the incident of 21 October 2008, there are no actual details of the alleged incidents of violence against the third applicant. While there is a mention of insults by other pupils because of his Roma origin, the applicants never specified the nature of those insults or their origin. It is safe to assume that the third applicant would have known the names of the

pupils who were allegedly insulting him since they were his classmates or at least attended the same school.

117. Furthermore, both the school headmaster and the pedagogue explained in their reports that when there were allegations of verbal insults, the pupils concerned had been warned and the school authorities had discussed the issue with the parents at parent-teacher meetings. In the absence of more specific allegations concerning the incidents of verbal violence the Court cannot hold the State responsible for the lack of an adequate response.

118. While well aware of the seriousness of the problem of violence among pupils, in the circumstances of the present case the Court cannot see how the applicants' allegations could trigger the State's positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention and require the relevant authorities to take concrete steps. For such an obligation to be triggered, allegations of violence must be specific and more detailed as to the place, time and nature of the acts complained of.

119. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the complaint concerning the alleged ill-treatment of the second and third applicants ... admissible and the remainder of the application inadmissible;

...

Done in English, and notified in writing on 19 July 2011, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen  
Registrar

Anatoly Kovler  
President



ĐURĐEVIĆ c. CROATIE  
(Requête n° 52442/09)

PREMIÈRE SECTION

ARRÊT DU 19 JUILLET 2011<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.





SOMMAIRE<sup>1</sup>**Violences entre élèves à l'école****Articles 3 et 8**

*Traitements inhumains et dégradants – Respect de la vie privée – Violences entre élèves à l'école – Obligations positives – Nécessité d'un cadre légal adapté pour protéger les groupes vulnérables – Allégations de violence insuffisantes pour faire entrer en jeu les obligations positives de l'Etat en raison de leur caractère vague et imprécis*

\*

\* \*

Dans leur requête à la Cour, les requérants (un collégien et ses parents) se plaignent que le troisième requérant a subi des violences de la part d'élèves de l'établissement d'enseignement secondaire qu'il fréquentait à cause de son origine rom. A la suite d'un incident survenu en octobre 2008 au cours duquel il fut blessé au nez, il fut interrogé par la police mais déclara que sa blessure était accidentelle. Des rapports médicaux furent établis à la suite d'autres incidents où le troisième requérant dit avoir été battu tant à l'école qu'en dehors de celle-ci et, en février 2010, on diagnostiqua chez lui une déficience visuelle grave résultant de contusions.

Articles 3 et 8 (allégations de violences à l'école) : l'obligation pesant sur les Etats de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction, notamment aux enfants et autres personnes vulnérables, une protection effective contre les mauvais traitements comporte le devoir de mettre en place et d'appliquer en pratique un cadre légal adapté pour protéger contre les actes de violence. Le troisième requérant, qui était âgé de quinze ans à l'époque des faits, appartient manifestement à la catégorie des « personnes vulnérables » ayant droit à la protection de l'Etat. A l'appui de ses allégations selon lesquelles il avait été fréquemment maltraité par d'autres élèves à l'école qu'il fréquentait, il a soumis une série de rapports médicaux contenant des informations sur ses plaintes : coups reçus, maux de ventre et de dos, maux de tête et déficience visuelle irréversible. Toutefois, dans les observations qu'ils ont présentées aux autorités nationales comme dans celles qu'ils ont soumises à la Cour, les requérants ne se sont plaints qu'en termes vagues et généraux, sans indiquer de dates précises ni décrire les circonstances de manière détaillée. De fait, le seul incident qu'ils aient signalé – examiné par la direction de l'école et mentionné dans l'un des rapports médicaux – s'est révélé être un accident. Les rapports médicaux

---

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

soit ont constaté une absence de blessure soit, lorsqu'ils ont fait état d'un dommage, à savoir que le troisième requérant était atteint d'une déficience visuelle irréversible, n'en ont pas indiqué la cause ni dit s'il était lié à un incident particulier au cours duquel l'intéressé aurait subi des violences à l'école. Tout en étant consciente de la gravité du problème que constitue la violence en milieu scolaire, la Cour ne voit pas comment les allégations vagues et imprécises des requérants pourraient faire entrer en jeu les obligations positives de l'Etat au titre des articles 3 et 8 de la Convention. Pour que de telles obligations entrent en jeu, il faut que les allégations de violences soient précises et plus détaillées quant au lieu, à la date et à la nature des actes dénoncés.

*Conclusion*: irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

- X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91  
*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, série A n° 247-C  
*H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III  
*Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil* 1998-I  
*A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VI  
*Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII  
*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, CEDH 2002-I  
*D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*, n° 38719/97, 10 octobre 2002  
*E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, 26 novembre 2002  
*M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, CEDH 2003-XII  
*Bevacqua et S. c. Bulgarie*, n° 71127/01, 12 juin 2008  
*Sandra Janković c. Croatie*, n° 38478/05, 5 mars 2009

**En l'affaire Đurđević c. Croatie,**

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

Anatoly Kovler, *président*,

Nina Vajić,

Peer Lorenzen,

Elisabeth Steiner,

Khanlar Hajiyev,

George Nicolaou,

Mirjana Lazarova Trajkovska, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 28 juin 2011,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 52442/09) dirigée contre la République de Croatie et dont trois ressortissants de cet Etat, M. Đuro Đurđević («le premier requérant»), M<sup>me</sup> Katica Đurđević, sa femme («la deuxième requérante») et M. Danijel Đurđević, leur fils («le troisième requérant»), ont saisi la Cour le 14 septembre 2009 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<sup>es</sup> L. Kušan et Z. Kušan, avocats à Ivanić Grad. Le gouvernement croate («le Gouvernement») a été représenté par son agente, M<sup>me</sup> Š. Stažnik.

3. Le 10 septembre 2010, le président de la première section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Il a en outre décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond, comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention.

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

4. Les requérants sont nés respectivement en 1967, 1966 et 1994 et résident à Kloštar-Ivanić.

(...)

*2. Allégations de violences dirigées contre le troisième requérant à l'école qu'il fréquentait*

31. Le rapport médical établi le 27 octobre 2008 au sujet du troisième requérant indique que celui-ci se plaignait d'avoir été frappé par un élève à l'école qu'il fréquentait. L'intéressé présentait une déviation de la cloison nasale pouvant revêtir un caractère post-traumatique. Il ne montrait aucun signe de fracture du nez.

32. Le 19 décembre 2008, le premier requérant adressa au Gouvernement une plainte où il déclarait que son fils, le troisième requérant, faisait constamment l'objet d'insultes et était fréquemment battu par les autres élèves du fait qu'il était d'origine rom.

33. Le troisième requérant fut interrogé au poste de police d'Ivanic Grad le 12 janvier 2009. Il expliqua que fin octobre 2008, à une date non précisée, il s'était rendu au vestiaire pour chercher ses affaires après une séance de gymnastique. Un élève, L.R., se tenait devant lui. Quelqu'un ayant poussé L.R., la tête de celui-ci l'avait cogné au visage, le blessant au nez. Il avait signalé l'incident à sa professeure, qui l'avait envoyé chez le médecin. Il n'avait pas eu d'autre symptôme et la douleur avait disparu au bout de quelques jours.

34. Le 9 janvier 2009, le ministère des Sciences, de l'Education et des Sports demanda à la direction de l'école de répondre à la plainte formulée par le premier requérant le 19 décembre 2008. L'école prépara deux rapports. Les passages pertinents du premier rapport, rédigé par la professeure du troisième requérant le 14 janvier 2009, indiquent :

« (...) au bout de deux semaines dans cette école seulement, j'ai eu affaire à des conflits entre élèves. D. Đurđević signala tout d'abord qu'il s'était cogné contre un autre élève : L.R. lui avait heurté le nez involontairement en tournant brusquement la tête alors que Danijel se trouvait derrière lui. (...) Danijel vint me voir pour se plaindre d'avoir mal au nez et me dit que L.R. l'avait frappé fort. Il indiqua très clairement que le coup n'avait pas été porté volontairement, ce que confirmèrent les autres élèves qui avaient assisté à la scène. Le lendemain, Danijel se plaignant d'avoir toujours mal au nez, je l'envoyai chez le médecin. Je voulus aussi informer la famille Đurđević, mais leur téléphone portable était éteint. Etant donné qu'il était établi que le heurt entre Danijel et L.R. était survenu accidentellement, sans intention de blesser, je n'avais aucune raison de punir qui que ce soit. Ces événements se produisirent les 21, 22 et 23 octobre 2008.

Le 22 octobre 2008, pendant une récréation, une dispute éclata entre les élèves I.D., M.K., L.R. et D. Đurđević, et des coups furent échangés. En interrogeant ces élèves, j'appris que I.D., M.K. et L.R. jouaient avec une boîte (...) ce qui dérangeait Danijel, qui voulait jeter la boîte. Danijel et les trois autres élèves commencèrent alors à se disputer. Les trois élèves dirent qu'après quelques bourrades, Danijel avait commencé à menacer de les frapper et qu'ils avaient répliqué par des injures. Danijel avait ensuite

frappé M.K. et L.R. Pendant la récréation suivante, les élèves me racontèrent l'incident et je le signalai à la direction. Un professeur donna un avertissement oral à I.D., M.K. et L.R. Quant à D. Đurđević, il reçut un avertissement écrit parce qu'il avait déjà eu plusieurs avertissements oraux.

Le 16 décembre, pendant une récréation, mes élèves vinrent me signaler que Danijel avait commencé une bagarre. Ils me dirent que P.G. et D.A. se tenaient devant la porte de la salle d'histoire quand Danijel était arrivé et avait donné un coup de pied au derrière à P.G. D.A. lui ayant demandé pourquoi il avait fait cela, Danijel l'avait insultée. Elle lui avait répondu par d'autres insultes et était entrée dans la salle de classe. Danijel l'y avait suivie, l'avait coincée contre une armoire, attrapée par les cheveux et lui avait donné des coups de genou au ventre et aux hanches. Les élèves avaient vu Danijel lui donner sept coups avant que les garçons ne parviennent à les séparer. Avec le renfort du professeur d'histoire (...) Danijel avoua que c'était lui qui avait commencé la bagarre et expliqua ce qu'il avait fait (...) Il confirma le récit des autres élèves et mit le tout par écrit, de même que les filles qui avaient assisté à la scène. Il fit même voir comment il avait coincé D.A. contre l'armoire et l'avait maintenue pendant qu'il la frappait. Je signalai l'incident à la conseillère pédagogique, V.V., qui parla sur-le-champ à Danijel, à D.A. et aux élèves témoins de l'incident, puis appelai les parents de Danijel et ceux de D.A. ainsi que la police. A.N., une psychomotricienne, fut également informée et décida de régler la situation. Je mis les professeurs au courant lors de la réunion du 19 décembre 2008 et suggérai de donner à Danijel Đurđević un avertissement écrit pour avoir lancé des insultes et provoqué une bagarre, blessé D.A. et violé le règlement de l'école pour défaut de port de chaussons; cette proposition fut acceptée à l'unanimité.

Pour ce qui est des comportements inacceptables envers l'élève Đurđević, Danijel s'est plaint à moi à trois reprises que des élèves se moquaient de lui (...) à cause de son âge et de son amitié pour un élève d'une autre classe. A la suite de cela, j'ai convoqué les élèves concernés et leur ai donné l'ordre d'éviter les disputes. J'ai aussi parlé à Danijel à plusieurs reprises; il m'a dit que si cela continuait, il taperait les élèves qui se moquaient de lui. J'en ai conclu que Danijel confondait les insultes et la violence physique et trouvait normal de répondre à des moqueries par des violences, et ce sans manifester de remords.

Après l'incident de décembre où Danijel avait blessé D.A., les élèves me dirent que Danijel réagissait habituellement aux moqueries entre élèves par des menaces de violence physique, des jurons et des commentaires déplacés au sujet d'un élève de sa classe, en faisant référence à son physique, et des allusions à caractère sexuel. Pour donner un exemple de son comportement habituel, les élèves racontèrent que Danijel tapait les élèves lorsqu'il passait à côté d'eux: il pliait le genou et donnait un coup en détendant brusquement la jambe vers l'arrière. Au cours de notre dernière conversation, les élèves me dirent qu'ils évitaient Danijel depuis quelque temps et expliquèrent qu'ils avaient cessé de se moquer de lui parce qu'ils avaient peur qu'il ne mette ses menaces de violence physique à exécution. Danijel, de son côté, ne s'est jamais plaint à moi que des élèves aient tenté de lui faire du mal.»

35. Le passage pertinent du deuxième rapport, rédigé le 15 janvier 2009 par la conseillère pédagogique de l'école, est ainsi libellé :

« Danijel Đurđević se dispute très fréquemment avec ses camarades de classe et parfois aussi avec ses professeurs. Les entretiens menés avec lui font apparaître que, pour lui, les disputes viennent de ce qu'il « veut s'amuser et faire des plaisanteries, mais que les autres ne voient pas les choses de cette façon ». La professeure de la classe, la psychomotricienne et moi-même lui avons expliqué un nombre incalculable de fois que ce qu'il considère comme une plaisanterie n'est pas forcément [pris comme tel] par les autres, que les gens ne sont parfois pas d'humeur à plaisanter mais qu'il ne faut pas pour autant réagir avec véhémence.

Il redouble la sixième année et, au début de l'année scolaire, il déclara que ses amis de l'année précédente lui manquaient, mais il promit aussi d'être meilleur élève, d'écouter les professeurs, moi-même et la psychomotricienne et de s'abstenir de se disputer avec les autres élèves. Je le félicitai de cette attitude ; son travail scolaire s'améliora, mais les conflits avec les autres élèves continuèrent. Il s'agissait surtout de disputes avec des élèves de sa classe mais il se rendait parfois dans la classe de sa sœur D. et tentait de résoudre ses problèmes mais en s'y prenant mal, criant et menaçant les élèves plus jeunes. Pour ce qui est des mesures éducatives, le 23 septembre [2008] il reçut un avertissement d'un professeur et, le 28 octobre 2008, un avertissement écrit pour s'être battu avec d'autres élèves, ce dont la professeure de la classe informa les parents par oral. Les autres élèves ayant pris part à la bagarre eurent des avertissements oraux tandis que Danijel eut un avertissement écrit pour avoir eu de nouveau le comportement inacceptable qui lui avait valu un avertissement oral le 23 septembre 2008.

Le 16 décembre 2008, pendant une récréation (...) il y eut une bagarre entre Danijel et l'élève D.A. Les élèves témoins de la scène allèrent voir la professeure de la classe et moi-même. [Nous trouvâmes] D.A. en pleurs, les cheveux ébouriffés, manifestement choquée, se tenant le ventre des deux mains. Les élèves nous racontèrent ce qui s'était passé. J'emmenai D.A. dans mon bureau pour décider s'il y avait lieu d'appeler une ambulance. D.A. déclara qu'elle était effrayée et avait mal à la tête et au ventre, mais qu'il n'était pas nécessaire d'aller chez le médecin. Elle n'avait pas de blessure apparente, en dehors du fait qu'elle avait les cheveux en bataille et des marques rouges au ventre.

Danijel n'était pas blessé, il déclara qu'il avait frappé D.A. parce qu'on lui avait dit quelque chose qui l'avait mis en colère. Les parents des deux élèves furent informés. Les parents de Danijel arrivèrent sur-le-champ et la mère de D.A. arriva plus tard (...) Les parents de Danijel voulurent parler tout de suite à D.A. pour savoir ce qui s'était passé. Etant donné qu'ils criaient et parlaient en même temps que Danijel, je leur dis de se calmer et les informai qu'ils n'avaient pas le droit de poser des questions à D.A. tant que ses parents n'étaient pas là. Comme ils étaient désormais au courant, je leur dis qu'ils pouvaient rentrer chez eux et que j'allais signaler l'incident au centre social et à la police, comme j'en avais le devoir, et leur demandai de remmener Danijel avec eux. Mécontents de ce que leur avais dit, ils réagirent de manière inappropriée, surtout M<sup>me</sup> Đurđević, qui se plaignit que quand Danijel avait été insulté il n'y avait pas eu de réaction et que personne n'avait appelé la police. Ils dirent qu'ils régleraient la question à leur manière. Une heure plus tard, le père de D.A. arriva dans mon bureau, perturbé

et déçu que je n'aie pas appelé une ambulance et que la police ne soit pas venue à l'école.

Lors d'une réunion des professeurs, le 19 décembre 2008, il fut décidé de donner un avertissement écrit à Danijel pour avoir blessé un élève au cours d'une bagarre. Bien que ce ne fût pas la première fois qu'il eût agressé un élève à l'école et qu'en pareil cas la sanction prévue fût un blâme, il fut décidé de lui infliger une punition plus légère vu sa situation sociale, qui avait des conséquences sur son développement.

Il faut souligner que nous parlons régulièrement à Danijel à sa demande (deux ou trois fois par semaine au moins) et que nous lui apportons une aide en ayant des conversations avec lui, seul ou avec d'autres élèves; il est aidé dans son travail scolaire (j'ai une fois nettoyé moi-même les tennis pleines de boue qu'il portait à l'école au lieu de chaussons car il ne savait pas comment faire).

Aujourd'hui, on m'a informé qu'il avait donné un coup de poing à I.M., à la joue gauche, parce que ce dernier lui avait lancé sa casquette à la figure.

Quant à l'incident survenu le 21 ou le 22 octobre 2008 (je ne connais pas la date exacte parce que Danijel ne s'en souvient pas avec précision) au cours duquel il a été blessé au nez, Danijel a dit en présence de ses parents qu'il se tenait derrière un garçon qui a brusquement tourné la tête vers l'arrière à cause de ses longs cheveux, et que son nez était déjà comme ça avant, ce que les documents médicaux soumis par les parents ont permis de confirmer (...)

J'aimerais souligner que, à titre tant personnel que professionnel, j'ai beaucoup fait pour aider les parents Đurđević et leurs enfants. Les parents m'ont dit de nombreuses fois que nous ne savions pas résoudre les problèmes des Roms, se plaignant que les élèves de l'école, tout comme d'autres gens, les dénigrent. J'ai dit que je déplorais qu'il puisse y avoir de tels comportements et souligné qu'en aucun cas je ne me serais comportée personnellement ainsi (ce qu'ils ont confirmé) et les ai assurés que je ne resterais certainement pas sans rien faire si des élèves se comportaient ainsi, mais protégerais leurs enfants et montrerais aux élèves l'attitude à adopter envers les Roms. On ne pourrait en tout cas pas me tenir pour responsable des réactions d'autres personnes car ces questions relèvent de la culture de chacun.

Je leur conseillai de dire à leurs enfants adultes qui venaient chercher leurs frères et sœurs plus jeunes à l'école d'attendre à l'extérieur de l'école et de ne pas y entrer avant la fin des cours sans se faire enregistrer auprès de l'élève de garde (ils se mettaient en général en colère lorsque les élèves de garde leur demandaient de montrer leur carte d'identité, et se rendaient dans la salle de classe sans autorisation). Lors de leurs conversations avec moi, ils ont reconnu que leurs enfants utilisaient parfois les gros mots qu'ils entendaient à la maison, et je pense qu'il n'est pas vrai que leurs enfants soient les seuls à être maltraités à l'école comme ils l'alléguent.

Les services sociaux et la police ont été informés de la supervision exercée sur les élèves afin de les aider à surmonter leurs problèmes existentiels.»

36. A une date non précisée, la deuxième requérante déposa une plainte pénale au parquet de Velika Gorica (*Općinsko državno odvjetništvo u Velikoj*

*Gorici*) pour coups et blessures (*tjelesna ozljeda*). Il apparaît que cette plainte se rapportait aux coups que le troisième requérant disait avoir reçus à l'école.

37. Le 24 février 2009, les deuxième et troisième requérants furent invités à se rendre au parquet de Velika Gorica pour être interrogés au sujet de l'incident du 16 décembre 2008.

38. Ainsi qu'il ressort du rapport médical du 26 mars 2009, le troisième requérant affirme qu'un élève lui a lancé une balle dans le dos et qu'il a été battu par des élèves à l'école et insulté constamment pendant une semaine, et qu'il avait mal au ventre et au dos. Le rapport ne faisait état d'aucune blessure visible. On diagnostiqua des contusions abdominales (*contusio abdominis*). Un examen aux ultrasons ne révéla aucune blessure. L'intéressé refusa d'être hospitalisé.

39. Le 18 septembre 2009, le premier requérant soumit auprès d'un organisme dont la nature n'est pas précisée une plainte dirigée contre la direction de l'école, qui, à son avis, n'avait pris aucune mesure pour empêcher que son fils ne soit constamment battu.

40. Le 15 décembre 2009, le troisième requérant fut examiné à propos de ses maux de tête par l'ophtalmologiste de l'hôpital de Dubrava (*Klinička bolnica Dubrava*). Le requérant alléguait avoir été battu à l'école et en dehors de l'école. Le médecin demanda à obtenir l'avis de la direction de l'école et de la psychologue scolaire.

41. Le 8 février 2010, le troisième requérant fut de nouveau examiné : le médecin constata une déficience visuelle grave à l'œil droit résultant de contusions (*cephala gradus gravis post contusionem*). L'intéressé déclara qu'il avait été battu à l'école et en dehors de l'école. Le médecin observa qu'il n'avait pas eu de réponse de la direction de l'école ni de la psychologue scolaire et leur demanda une nouvelle fois un avis. Le troisième requérant fut adressé à un neurologue et à un chirurgien du cerveau. Rien n'indique qu'il ait donné suite à cette recommandation.

42. Le même jour, le tribunal de Velika Gorica jugea le troisième requérant coupable de coups et blessures sur D.A. commis le 16 décembre 2008, lui ordonna de présenter des excuses à D.A. et le plaça sous surveillance stricte.

43. A une date non précisée, la deuxième requérante se plaignit que le troisième requérant était victime de violences à l'école et soumit des documents médicaux. Elle alléguait que son mari et elle s'étaient plaints à plusieurs reprises auprès de l'école que Danijel était battu par les autres élèves mais que rien n'avait été fait. Elle soutenait aussi qu'ils avaient tous deux été chassés de l'école et n'avaient pas été autorisés à payer l'assurance de Danijel à l'école. Elle joignait un certificat médical daté du 17 mars 2010



indiquant que le troisième requérant avait été frappé à la tête le 26 mars et le 9 décembre 2009 ainsi que le 16 février 2010.

44. Le 7 avril 2010, le directeur de l'école rédigea un rapport à la demande de la clinique pour la protection de l'enfance de Zagreb, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« Observations concernant l'élève Danijel Đurđević

(...)

[Danijel] a eu en sixième année de fréquentes disputes avec d'autres élèves de la classe (et parfois des bagarres où il donnait des bourrades ou tirait les vêtements), quelquefois aussi avec les professeurs. Les entretiens menés avec lui ont fait apparaître que, pour lui, les disputes venaient de ce qu'il « voulait s'amuser et faire des plaisanteries, mais que les autres ne voyaient pas les choses de cette façon ». La professeure de la classe et les assistants professionnels de l'école lui ont expliqué un nombre incalculable de fois que ce qu'il considérait comme une plaisanterie n'était pas forcément [pris comme tel] par les autres, que les gens n'étaient parfois pas d'humeur à plaisanter mais qu'il ne fallait pas pour autant réagir avec véhémence.

La police est intervenue pour la première fois pendant la sixième année de Danijel en décembre 2008, après un incident grave avec une élève. (...) Danijel avait attrapé la fille par les cheveux et lui avait donné des coups dans le ventre. Après notre intervention auprès des services extérieurs compétents, les parents, probablement mécontents de notre attitude, se plaignirent auprès du Bureau des minorités nationales, qui nous demanda d'émettre des observations.

[Suit une description de l'incident au cours duquel Danijel a reçu un coup sur le nez.]

(...)

En décembre dernier, Danijel s'est plaint d'avoir mal à la tête parce qu'« on l'avait frappé avec une barre de fer ». Au cours d'un entretien avec lui, nous avons appris que la veille, Danijel avait été frappé par des inconnus (...), en dehors de l'école, après les cours. Il refusa notre suggestion d'appeler ses parents pour qu'ils viennent le chercher. A la place, il demanda des antalgiques, comme il le fait souvent. (...) Au bout d'un moment il quitta l'école sans autorisation, alla chez le médecin et revint une heure plus tard avec deux ordonnances (...)

Le 4 mars 2010, les parents Đurđević furent priés de venir à l'école chercher leur fille, qui était en sixième année et lançait des chaises et des bancs dans sa classe après avoir eu une dispute avec d'autres élèves de sa classe. Lorsque Danijel apprit ce qui se passait, il essaya de « résoudre le problème à sa manière » en menaçant les élèves et les professeurs (il parla d'un couteau). Les professeurs le calmèrent mais il avait déjà appelé son frère ou son père avec son portable et son grand frère (un adulte) arriva peu après à l'école. Ce dernier passa devant l'élève de garde sans s'arrêter en lui criant quelque chose puis il ouvrit la porte de plusieurs classes, à la recherche de son frère et de sa sœur. L'un des professeurs (...) entendit du bruit et dit au jeune homme d'arrêter ce tapage et de déranger les cours, ajoutant qu'il irait lui-même chercher son frère et sa sœur. Cependant, le jeune homme continua à s'adresser au professeur de

manière déplacée et menaçait de « prendre lui-même les choses en main ». Le professeur appela immédiatement la police, et il se peut que ce soit cet incident auquel les parents Đurđević pensaient lorsqu'ils ont évoqué une intervention de la police.

Danijel se plaint fréquemment aux professeurs de maux de tête, demande des cachets et la permission de sortir de la classe. Il sort parfois sans autorisation ou à l'insu des professeurs. (...)

En principe, nous ne donnons pas de cachets aux élèves mais appelons les parents pour qu'ils viennent chercher leurs enfants et s'en occupent.

Par ailleurs, Danijel se plaint moins fréquemment de se faire insulter par d'autres élèves. Nous avons parlé à ces élèves et pris des mesures éducatives lorsque les incidents continuaient. Nous avons remarqué ces derniers temps que Danijel refuse de faire son travail scolaire, réagit avec véhémence lorsqu'on lui donne des conseils et s'adresse parfois aux élèves et aux professeurs de manière déplacée.

J'aimerais souligner que les professeurs ont informé les parents aux réunions parents-professeurs des disputes entre élèves et que les parents ont réagi de manière plus que correcte et se sont excusés. J'aimerais souligner aussi que six autres élèves roms fréquentent notre école, que ce sont de bons élèves et que la coopération avec leurs parents est satisfaisante pour tout le monde. »

(...)

## EN DROIT

(...)

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 3 ET 8 DE LA CONVENTION À RAISON DES MAUVAIS TRAITEMENTS PRÉTENDUMENT INFLIGÉS AU TROISIÈME REQUÉRANT À L'ÉCOLE QU'IL FRÉQUENTAIT

96. Invoquant les articles 3 et 8 de la Convention, les requérants se plaignent que la direction de l'école n'a pas empêché que le troisième requérant soit battu à de fréquentes reprises à l'école.

#### A. Recevabilité

##### 1. *Les arguments des parties*

97. Le Gouvernement soutient que les requérants n'ont pas soumis de plainte pénale et qu'ils n'ont donc pas épuisé les voies de recours internes.

98. Il avance en outre que, dès lors que les requérants n'ont jamais signalé aux autorités compétentes les violences que le troisième requérant dit avoir subies à l'école qu'il fréquentait, il ne pèse sur l'État aucune

obligation positive s'agissant des allégations à cet égard. Le seul incident porté à l'attention de la direction de l'école aurait concerné les événements du 21 octobre 2008. Tant l'école que la police auraient établi tous les faits pertinents à cet égard et conclu qu'il s'agissait d'un accident et non d'un acte intentionnel.

99. Les requérants font valoir que le troisième requérant était mineur à l'époque des faits et qu'il incombait aux autorités compétentes d'établir la cause de ses blessures quelle que soit sa passivité. Or ils considèrent qu'elles n'en ont rien fait; les deux premiers requérants indiquent qu'ils ont dû informer eux-mêmes la police et le centre social des violences subies par leur fils à l'école. De plus, le rapport médical relatif à ce dernier montrerait clairement que la direction de l'école avait été informée des blessures causées par les violences commises par d'autres élèves et qu'elle les avait ignorées.

100. Les requérants font valoir que les documents médicaux relatifs au troisième requérant montrent qu'il a été blessé à la tête à de multiples reprises pendant une assez longue période et qu'il a été battu à plusieurs occasions. Tout cela aurait provoqué chez lui de graves dommages aux yeux. Il aurait fréquemment réclamé des antalgiques à ses professeurs. Les requérants rappellent que le médecin qui l'avait examiné avait informé la direction de l'école et lui avait demandé de lui fournir ses observations. Ils auraient signalé à la police, aux services sociaux et à la direction de l'école les fréquents incidents au cours desquels d'autres élèves auraient infligé des violences au troisième requérant. Dans ces conditions, l'Etat aurait eu l'obligation de se pencher sur ces allégations et de prendre des mesures adéquates pour empêcher que le troisième requérant ne subisse des violences à l'école. Or aucune action n'aurait été entreprise à cette fin.

## *2. Appréciation de la Cour*

101. La Cour considère que la nature du grief – à savoir l'absence de mesures adéquates visant à empêcher que le troisième requérant ne subisse des violences provenant de ses camarades de classe et d'autres élèves fréquentant la même école que lui – n'implique pas nécessairement l'ouverture de poursuites pénales ni ne suppose que soit engagée la responsabilité pénale de quiconque. C'est pourquoi il n'était pas nécessaire que les requérants déposent une plainte pénale.

### **a) Principes généraux**

102. Sur le terrain de l'article 3, conformément aux principes énoncés (...) ci-dessus, la Cour rappelle que, pour ce qui est de savoir si l'Etat peut être tenu pour responsable, sous l'angle de cet article, de mauvais traitements infligés par des personnes autres que des agents de l'Etat, l'obligation faite aux

Hautes Parties contractantes par l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention, combinée avec l'article 3, impose aux Etats de prendre des mesures destinées à faire en sorte que les individus relevant de leur juridiction ne soient pas soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, y compris infligés par des particuliers (voir, *mutatis mutandis*, *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III). Pareilles mesures doivent offrir une protection effective, notamment aux enfants et autres personnes vulnérables, et comporter des actions raisonnables destinées à prévenir les mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance (voir, *mutatis mutandis*, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116, *Recueil* 1998-VIII, et *E. et autres c. Royaume-Uni*, n° 33218/96, § 88, 26 novembre 2002).

103. Pour ce qui est de la discipline scolaire, la Cour a dit ce qui suit dans son arrêt *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* (25 mars 1993, §§ 27-28, série A n° 247-C) :

« 27. La Cour note en premier lieu que l'Etat, comme le souligne le requérant, a le devoir de veiller à ce que les enfants puissent exercer leur droit à l'instruction (article 2 du Protocole n° 1) (P1-2). Elle rappelle que les clauses de la Convention et de ses Protocoles doivent se lire comme un tout (arrêts *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark* du 7 décembre 1976, série A n° 23, pp. 26 et 27, paras. 52 et 54, et *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 40, par. 103). Les fonctions touchant à l'administration interne d'une école, par exemple la discipline, ne sauraient passer pour accessoires au processus éducatif (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, série A n° 48, p. 14, par. 33). La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990 et ratifiée par le Royaume-Uni le 16 décembre 1991, a elle aussi reconnu plus récemment que le système disciplinaire d'une école se situe dans la sphère du droit à l'instruction : d'après son article 28, qui a trait au « droit de l'enfant à l'éducation »,

« 2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention. »

Deuxièmement, au Royaume-Uni les écoles privées coexistent avec des écoles publiques. Or le droit fondamental de chacun à l'instruction vaut pour les élèves des unes comme des autres, sans aucune distinction (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, précité, série A n° 23, p. 24, par. 50).

Enfin, la Cour estime, avec le requérant, que l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Van der Musselle c. Belgique* du 23 novembre 1983, série A n° 70, pp. 14-15, paras. 28-30).

28. Dans la présente affaire, qui concerne le domaine particulier de la discipline scolaire, le traitement incriminé, encore qu'infligé par le chef d'un établissement privé, est donc de nature à engager la responsabilité du Royaume-Uni au regard de la Convention s'il se révèle incompatible avec l'article 3, l'article 8 ou les deux.»

104. La Cour considère que les mêmes principes valent pour ce qui est des questions de discipline scolaire appliquée aux relations entre élèves.

105. En ce qui concerne l'article 8 de la Convention, la Cour réaffirme qu'il ne fait aucun doute que les événements à l'origine de la présente requête relèvent de la sphère de la vie privée au sens de cette disposition. De fait, l'intégrité physique et morale d'un individu est englobée dans la notion de vie privée, laquelle s'étend aussi aux relations des individus entre eux. Il paraît d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de «vie privée» comme excluant les atteintes à l'intégrité physique (*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91).

106. Si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux (*ibidem*, § 23; voir aussi *Botta c. Italie*, 24 février 1998, § 33, *Recueil* 1998-I, *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 57, CEDH 2002-I, et *Sandra Janković c. Croatie*, n° 38478/05, § 44, 5 mars 2009).

107. Pour ce qui est du respect de la vie privée, la Cour a déjà dit dans différents contextes que la notion de vie privée recouvre l'intégrité physique et morale de la personne. Au titre de l'article 8, les Etats ont le devoir de protéger l'intégrité physique et morale d'un individu face à autrui. A cette fin, ils doivent mettre en place et appliquer en pratique un cadre légal adapté pour protéger contre les actes de violence provenant de particuliers (*X et Y c. Pays-Bas*, précité, §§ 22-23, *Costello-Roberts*, précité, § 36, *D.P. et J.C. c. Royaume-Uni*, n° 38719/97, § 118, 10 octobre 2002, *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, §§ 150 et 152, CEDH 2003-XII, *Bevacqua et S. c. Bulgarie*, n° 71127/01, § 65, 12 juin 2008, et *Sandra Janković*, précité, § 45).

#### **b) Application de ces principes au cas d'espèce**

108. La Cour va donc rechercher si, en traitant l'affaire du requérant comme elle l'a fait, la Croatie a méconnu les obligations positives qui lui incombent au titre des articles 3 et 8 de la Convention.

109. La Cour considère que le troisième requérant, qui était à l'époque des faits un mineur âgé de quinze ans, peut passer pour faire partie de la catégorie des « personnes vulnérables » ayant droit à la protection de l'Etat (*A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 22, *Recueil* 1998-VI).

110. Elle note que les requérants allèguent que le troisième requérant a été fréquemment maltraité par d'autres élèves à l'école qu'il fréquentait. Les intéressés appuient leurs dires sur des rapports médicaux du 27 octobre 2008, des 26 mars et 15 décembre 2009 et des 8 février et 17 mars 2010, qui contiennent des informations sur les plaintes émises par le troisième requérant : coups reçus, maux de ventre et de dos, maux de tête et déficience visuelle irréversible.

111. La Cour admet qu'un dommage comme une déficience visuelle irréversible provoquée par des coups portés à la tête revêt un caractère de gravité et est susceptible de faire entrer en jeu aussi bien l'article 3 que l'article 8 de la Convention.

112. Toutefois, la Cour note aussi que, dans les observations qu'ils ont présentées aux autorités nationales comme dans celles qu'ils lui ont soumises, les requérants ne se sont plaints des mauvais traitements subis à l'école par le troisième requérant qu'en termes vagues et généraux, sans jamais indiquer les dates précises auxquelles seraient survenus des incidents ni décrire les circonstances ou donner d'autres détails quant aux mauvais traitements allégués.

113. La direction de l'école a examiné les allégations se rapportant à l'incident du 21 octobre 2008 et a établi qu'il s'agissait d'un accident, l'élève L.R. ayant heurté au nez le troisième requérant, qui se trouvait derrière lui, en tournant brusquement la tête vers l'arrière. Pour que les obligations positives de l'Etat sous l'angle des articles 3 et 8 de la Convention entrent en jeu, il aurait fallu que les autorités de l'Etat eussent connaissance du risque de violence. Or il est évident que tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une blessure accidentelle.

114. Pour ce qui est des lésions décrites dans les documents médicaux, la Cour note que le rapport du 27 octobre 2008 mentionne une blessure au nez et renvoie à l'incident du 21 octobre 2008 au cours duquel un autre élève s'est involontairement cogné contre le troisième requérant. Le rapport du 26 mars 2009 ne fait état d'aucune blessure visible et l'examen par ultrasons n'a pas permis de déceler la moindre lésion. Enfin, le rapport du 15 décembre 2009 indique que le troisième requérant a reçu des coups à la tête à plusieurs reprises, à l'école comme en dehors de l'école, mais sans que la moindre blessure soit constatée.

115. En revanche, il a été établi clairement que le troisième requérant souffre d'une déficience visuelle irréversible, ce qui constitue un dommage

grave. Cependant, la Cour note aussi que le troisième requérant allègue avoir été frappé avec une barre de fer par des inconnus l'ayant agressé à l'extérieur de l'école. Les rapports médicaux du 8 février 2010 et du 17 mars 2010 n'indiquent pas la cause de la déficience visuelle du requérant ni si elle avait un rapport avec un incident particulier survenu à l'école. De leur côté, les requérants n'évoquent pas non plus un incident particulier qui se serait produit à l'école et au cours duquel des violences pouvant être à l'origine de ce dommage auraient été commises.

116. En dehors de l'incident du 21 octobre 2008, aucun détail n'a été communiqué au sujet des violences que le troisième requérant dit avoir subies. Si les requérants ont mentionné les insultes proférées par des élèves à cause de l'origine rom du troisième requérant, ils n'ont jamais précisé la nature de ces insultes ni leur origine. Or on peut supposer sans crainte de se tromper que le troisième requérant connaissait le nom des élèves censés l'avoir insulté puisqu'il s'agissait de camarades de classe ou en tout cas d'enfants fréquentant la même école que lui.

117. De plus, le directeur et la conseillère pédagogique de l'école ont expliqué dans leurs rapports que lorsqu'on leur avait signalé des insultes, les élèves concernés avaient reçu des avertissements et la direction avait abordé la question avec les parents lors de réunions entre parents et professeurs. Faute d'allégations plus précises au sujet des violences verbales, la Cour ne saurait tenir l'Etat pour responsable d'une absence de réaction appropriée.

118. Dans ces conditions, tout en étant parfaitement consciente de la gravité du problème que constituent les violences entre élèves, la Cour ne voit pas comment les allégations des requérants pourraient faire entrer en jeu les obligations positives de l'Etat au titre des articles 3 et 8 de la Convention et imposer aux autorités compétentes le devoir de prendre des mesures concrètes. Pour que de telles obligations entrent en jeu, il faut que les allégations de violences soient précises et plus détaillées quant au lieu, à la date et à la nature des actes dénoncés.

119. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

(...)

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

1. *Déclare* la requête recevable quant au grief concernant les mauvais traitements qui auraient été infligés aux deuxième et troisième requérants (...) et irrecevable pour le surplus;

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 19 juillet 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen  
Greffier

Anatoly Kovler  
Président



PALOMO SÁNCHEZ ET AUTRES c. ESPAGNE  
(*Requêtes n<sup>os</sup> 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 12 SEPTEMBRE 2011<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Licenciement de syndicalistes pour avoir publié des articles offensants à l'égard de leurs collègues****Article 10**

*Liberté d'expression – Licenciement de syndicalistes pour avoir publié des articles offensants à l'égard de leurs collègues – Liberté syndicale – Obligations positives – Protection de la réputation d'autrui – Limites de la critique admissible dans le cadre des relations de travail – Principe de la bonne foi dans les relations professionnelles – Assertions écrites – Caractère injurieux des propos en cause – Proportionnalité*

\*

\* \*

Les requérants travaillaient comme livreurs pour une société. Après avoir engagé plusieurs procédures contre leur employeur devant les juridictions du travail, ils fondèrent en 2001 un syndicat dont ils intégrèrent l'équipe dirigeante. Celui-ci évoqua dans son bulletin du mois de mars 2002 une décision d'un juge du travail qui avait accueilli partiellement les prétentions des intéressés. Sur la page de couverture du bulletin figurait un dessin caricatural qui représentait une personne accordant une faveur sexuelle au directeur des ressources humaines et deux collaborateurs de la société qui regardaient et attendaient leur tour. Ces deux personnes étaient critiquées dans deux articles, libellés en termes vulgaires, pour avoir témoigné en faveur de la société dans le cadre des procédures engagées par les requérants. Le bulletin fut diffusé parmi les travailleurs et affiché sur le tableau d'affichage du syndicat situé dans les locaux de la société. Les requérants furent licenciés pour faute grave, en l'occurrence atteinte à l'honneur des deux collaborateurs et du directeur des ressources humaines critiqués dans le bulletin. Ils contestèrent cette décision en justice. Le juge du travail rejeta leurs prétentions, estimant que leur licenciement était justifié au regard des dispositions pertinentes du Statut des travailleurs. Il conclut que le dessin et les deux articles en cause, offensants et attentatoires à la dignité des personnes visées, dépassaient les limites de la liberté d'expression. Les recours ultérieurs des intéressés furent rejetés. Par un arrêt du 8 décembre 2009, une chambre de la Cour conclut, par six voix contre une, à la non-violation de l'article 10 de la Convention.

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

Article 10 lu à la lumière de l'article 11 : dans l'affaire des requérants, la question de la liberté d'expression se trouve étroitement liée à celle de la liberté d'association dans le contexte syndical. Il faut noter, à cet égard, que la protection des opinions personnelles garantie par l'article 10 compte parmi les objectifs de la liberté de réunion et d'association telle que la consacre l'article 11. Cependant, même si le grief des intéressés porte principalement sur le licenciement dont ils ont été l'objet pour avoir, en tant que membres de l'organe exécutif d'un syndicat, fait publier et afficher les articles litigieux, la Cour juge plus approprié d'examiner les faits sous l'angle de l'article 10, interprété toutefois à la lumière de l'article 11, les juridictions internes n'ayant pas considéré comme démontré que les licenciements en question auraient eu pour cause l'appartenance des requérants audit syndicat.

La question principale en l'espèce est de savoir si l'Etat défendeur était tenu de garantir le respect de la liberté d'expression des requérants en annulant leur licenciement. Les tribunaux internes ont relevé que le droit à la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail n'était pas illimité, les caractéristiques de ces relations devant être prises en compte. Pour conclure au caractère offensant de la caricature et des articles à l'égard des personnes concernées, le juge du travail s'est livré à une analyse minutieuse des faits litigieux et du contexte dans lequel les requérants avaient publié le bulletin. La Cour n'aperçoit aucune raison de remettre en cause les constatations des juridictions internes selon lesquelles le contenu du bulletin était offensant et de nature à nuire à la réputation d'autrui. Une distinction claire doit être faite entre critique et insulte, cette dernière pouvant, en principe, justifier des sanctions. Partant, les motifs retenus par les juridictions nationales se conciliaient avec le but légitime consistant à protéger la réputation des personnes physiques visées par la caricature et les textes en cause, et la conclusion selon laquelle les requérants avaient dépassé les bornes de la critique admissible dans le cadre des relations de travail ne saurait être considérée comme infondée ou dépourvue d'une base factuelle raisonnable.

Quant à la question de savoir si la sanction infligée aux intéressés, en l'occurrence un licenciement, était proportionnée au degré de gravité des articles en question, la caricature et les articles litigieux ont été publiés dans le bulletin de la section syndicale à laquelle appartenaient les requérants, et s'inscrivaient donc dans le cadre d'un conflit qui les opposait à la société. Toutefois, ces documents contenaient des critiques et des accusations adressées non pas directement à cette dernière, mais à deux autres collaborateurs et au directeur des ressources humaines. Or les limites de la critique admissible sont moins larges à l'égard des particuliers qu'à l'égard des hommes politiques et des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs pouvoirs. La Cour ne partage pas la thèse du Gouvernement selon laquelle le contenu des articles litigieux ne soulevait pas de question d'intérêt général. La publication incriminée intervenait dans le cadre d'un conflit du travail au sein de la société envers laquelle les requérants revendiquaient certains droits. Le débat n'était donc pas purement privé ; il s'agissait au moins d'une question d'intérêt général pour

les salariés de la société. Pour autant, l'existence d'une telle question ne saurait justifier l'utilisation de caricatures et d'expressions offensantes, même dans le cadre des relations de travail. Les remarques en cause ne constituaient pas une réaction instantanée et irréfléchie dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané. Il s'agissait au contraire d'assertions écrites, affichées publiquement au sein de la société. Après avoir effectué une mise en balance circonstanciée des intérêts divergents en jeu et s'être abondamment référées à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel relative au droit à la liberté d'expression dans les relations de travail, les juridictions internes ont entériné les sanctions infligées par l'employeur, estimant que le comportement en question ne relevait pas directement de l'activité syndicale des requérants mais contrevenait au principe de la bonne foi dans les relations de travail. A l'instar des juridictions internes, la Cour estime que pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes. Si cette exigence n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail. Une atteinte à l'honorabilité des personnes due à des expressions grossièrement insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères.

Dans les circonstances de l'espèce, le licenciement dont les requérants ont fait l'objet n'était pas une sanction manifestement disproportionnée ou excessive, de nature à exiger que l'Etat y portât remède en l'annulant ou en y substituant une sanction moins sévère.

*Conclusion*: non-violation (douze voix contre cinq).

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31

*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A n° 44

*Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103

*Ezelin c. France*, 26 avril 1991, série A n° 202

*Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, série A n° 323

*Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II

*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, *Recueil* 1997-I

*Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I

*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III

*Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, 29 février 2000

*Özgür Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, CEDH 2000-III

*Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, CEDH 2001-I

*Nikula c. Finlande*, n° 31611/96, CEDH 2002-II

*De Diego Nafria c. Espagne*, n° 46833/99, 14 mars 2002

- Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, CEDH 2003-I  
*Skalka c. Pologne*, n° 43425/98, 27 mai 2003  
*Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, 2004-X  
*Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, CEDH 2004-XI  
*Boldea c. Roumanie*, n° 19997/02, 15 février 2007  
*Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* ([GC], n°s 21279/02 et 36448/02, CEDH 2007-XI  
*Women On Waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, 3 février 2009  
*Barraco c. France*, n° 31684/05, 5 mars 2009  
*Petresco c. Moldova*, n° 20928/05, 30 mars 2010  
*Polanco Torres et Movilla Polanco c. Espagne*, n° 34147/06, 21 septembre 2010  
*Dink c. Turquie*, n°s 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, 14 septembre 2010  
*Aleksey Petrov c. Bulgarie* (déc.), n° 27103/04, 2 novembre 2010  
*MGN Limited c. Royaume-Uni*, n° 39401/04, 18 janvier 2011

**En l'affaire Palomo Sánchez et autres c. Espagne,**

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

Nicolas Bratza, *président*,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Elisabeth Steiner,  
David Thór Björgvinsson,  
Danutė Jočienė,  
Ján Šikuta,  
Dragoljub Popović,  
Ineta Ziemele,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Işıl Karakaş,  
Nebojša Vučinić,  
Kristina Pardalos, *juges*,

et de Vincent Berger, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 8 décembre 2010 et 29 juin 2011,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine des affaires se trouvent six requêtes (n<sup>os</sup> 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, 28389/06 et 28961/06) dirigées contre le Royaume d'Espagne et dont six ressortissants de cet Etat, MM. Juan Manuel Palomo Sánchez, Francisco Antonio Fernández Olmo, Agustín Alvarez Lecegui, Francisco José María Blanco Balbas, José Antonio Aguilera Jiménez et Francisco Beltrán Lafulla (« les requérants »), ont saisi la Cour le 13 juillet 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M<sup>e</sup> L. García Quinteiro, avocat à Barcelone. Le gouvernement espagnol (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Irurzun Montoro, avocat de l'Etat.

3. Dans leurs requêtes, les intéressés alléguaient notamment qu'ils avaient été licenciés en représailles de leur appartenance à un syndicat et en raison des revendications de ce dernier, sous prétexte du contenu prétendument injurieux du bulletin d'information dudit syndicat. Ils invoquent les articles 10 et 11 de la Convention.

4. Les requêtes ont été attribuées à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 11 décembre 2008, le président de la section a décidé de les communiquer au Gouvernement. Comme le permettaient l'ancien article 29 § 3 de la Convention (article 29 § 1 actuel) et l'article 54A du règlement, il a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le fond des affaires.

5. Le 17 novembre 2009, la chambre, composée de Josep Casadevall, président, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Luis López Guerra et Ann Power, juges, et Santiago Quesada, greffier de section, a décidé, en application de l'article 42 § 1 du règlement, de joindre les requêtes enregistrées sous les n<sup>os</sup> 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 et 28964/06. Elle a déclaré recevables les requêtes (n<sup>os</sup> 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06) présentées par MM. Juan Manuel Palomo Sánchez, Francisco Antonio Fernández Olmo, Agustín Alvarez Lecegui et Francisco José María Blanco Balbas (ci-après, «les requérants») et irrecevables celles (n<sup>os</sup> 28389/06 et 28961/06) de MM. José Antonio Aguilera Jiménez et Francisco Beltrán Lafulla. Le 8 décembre 2009, elle a rendu l'arrêt *Aguilera Jiménez et autres c. Espagne* dans lequel elle concluait, par six voix contre une, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention et qu'aucune question distincte ne se posait à l'égard de l'article 11 de la Convention.

6. Le 7 mars 2010, les requérants ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu de l'article 43 de la Convention et de l'article 73 du règlement, soutenant qu'il y avait eu violation des articles 10 et 11. Le 10 mai 2010, le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande.

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions des articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et de l'article 24 du règlement.

8. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des mémoires devant la Grande Chambre.

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 8 décembre 2010 (article 59 § 3 du règlement).



Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. F. Irurzun Montoro, avocat de l'Etat, *agent;*

– *pour les requérants*

M<sup>e</sup> L. García Quinteiro, avocat, *conseil.*

La Cour les a entendus en leurs déclarations.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Les requérants résident à Barcelone.

11. Ils travaillaient comme livreurs pour la société P., à l'encontre de laquelle ils avaient entamé plusieurs procédures à titre individuel auprès des juridictions du travail. Les requérants réclamaient que leur condition de travailleurs salariés à caractère spécial, confirmée par des arrêts des 2 mai et 30 décembre 1995 du Tribunal supérieur de justice de Catalogne, fût acceptée par l'employeur afin d'être intégrée au régime pertinent de la sécurité sociale. Dans le cadre de ces procédures, des représentants d'un comité de livreurs non salariés au sein de la société P. avaient témoigné contre les requérants.

12. Le 21 mai 2001, les requérants constituèrent le syndicat Nueva Alternativa Asamblearia (NAA), pour défendre leurs intérêts et ceux des autres livreurs salariés face aux initiatives prises par la société P. afin qu'ils renoncent à leur condition de salariés. Les requérants intégrèrent la commission exécutive du syndicat. Le 3 août 2001, les requérants informèrent la société P. de la constitution de la section syndicale au sein de l'entreprise, de sa composition et de leur nomination en tant que membres de la commission exécutive de ladite section syndicale. Juan Manuel Palomo Sánchez était le délégué syndical, Francisco Antonio Fernández Olmo le secrétaire de trésorerie, Agustín Alvarez Lecegui le secrétaire de presse et de propagande et Francisco José María Blanco Balbas le secrétaire d'organisation. Aucune modification concernant la désignation des membres du syndicat et de leurs fonctions n'a eu lieu depuis sa constitution.

13. Le syndicat NAA publiait un bulletin d'information mensuel. Le bulletin du mois de mars 2002 (*sic*) informait du jugement du 2 avril 2002 rendu par le juge du travail n° 13 de Barcelone, qui avait accueilli

partiellement les prétentions des requérants, condamnant la société P. à leur verser certains montants relatifs aux salaires dont elle était débitrice.

Sur la couverture du bulletin, un dessin avec bulles de dialogue montrait une caricature du directeur des ressources humaines, G., assis derrière un bureau sous lequel se trouvait une personne à quatre pattes, dos tourné et, à côté, deux autres personnes, A. et B., également employés de la société P. et représentants d'un comité de livreurs non salariés au sein de cette dernière, qui contemplaient la scène et attendaient pour occuper la place sous le bureau et satisfaire à leur tour le directeur. A l'intérieur du bulletin, deux articles dénonçaient vigoureusement le fait que ces deux personnes avaient témoigné en faveur de la société P. lors d'une procédure entamée par les requérants à l'encontre de cette dernière. Le bulletin fut distribué parmi les travailleurs et affiché sur le tableau d'affichage du syndicat NAA situé dans les locaux de la société.

14. Le 3 juin 2002 la société communiqua aux requérants leur licenciement pour faute grave, en l'occurrence atteinte à l'honneur de G., A. et B., sur le fondement de l'article 54 §§ 1 et 2 c) du Statut des travailleurs, qui permet de mettre un terme au contrat de travail en cas de non-respect grave des obligations contractuelles et de culpabilité du travailleur.

15. Les requérants attaquèrent cette décision auprès du juge du travail n° 17 de Barcelone, qui, par un jugement du 8 novembre 2002, rejeta leurs prétentions et considéra que les licenciements étaient justifiés, conformément à l'article 54 §§ 1 et 2 c) du Statut des travailleurs. Le juge estima que la décision de la société de licencier les requérants était fondée sur une cause réelle et sérieuse, à savoir la publication et l'affichage sur un tableau situé au sein de la société d'un bulletin contenant un dessin avec des bulles de dialogue et deux articles offensants qui portaient atteinte à la dignité des personnes concernées. Dans l'article intitulé «Témoins... de qui? D'eux-mêmes», apparaissaient des caricatures d'A. et B., la bouche couverte par un mouchoir noué derrière la tête, et au-dessous un texte à la teneur suivante :

«Nous savions qui ils étaient et comment ils agissaient, mais nous ne savions pas jusqu'où ils étaient capables d'aller pour conserver leurs fauteuils et leur poste de préférence sans rien faire.

[Nous], les employés de P, gagnons notre vie en vendant des produits dans la rue. A. et B. gagnent leur vie en vendant les employés dans les tribunaux. Il ne leur suffit pas de le faire par le biais des accords passés en tournant le dos au collectif. Maintenant ils vont plus loin, ils volent en toute impunité, à visage découvert et avec la confiance de celui qui se sent totalement intouchable. Ils jouent à être des dieux.

(...) mais eux, le président et le secrétaire des représentants des travailleurs, acceptèrent, tel un chien de garde, de se rouler par terre et de faire des galipettes en échange d'une petite tape de leur maître. (...)»

Le juge releva que le texte répondait aux faits ayant eu lieu dans le cadre d'une procédure entamée par les requérants devant le juge du travail n° 13 de Barcelone, dans laquelle A. et B. avaient agi en tant que témoins contre les intérêts des requérants et en faveur de leur employeur.

L'article intitulé « Qui loue son cul ne chie pas quand il veut » avait la teneur suivante :

« Si vous faites partie d'un comité d'entreprise et que vous devez signer avec l'employeur des accords « taise-bouche » qui n'auront pas d'effet : accords de restructuration au bénéfice de ses potes, diminutions salariales et différents tableaux de travail, [cela veut dire que] vous avez échangé votre dignité contre un fauteuil, [que] vous possédez le mérite douteux d'arriver au même niveau d'infamie que des politiciens et des policiers ; vous voyez, vous vous taisez et vous consentez astucieusement à ce type de canailleries. Puisque vous avez loué votre cul, vous ne chiez pas quand vous voulez. Si vous êtes un infâme « syndicaliste professionnel » et si partant, vous avez vendu votre âme au syndicat, vous n'aurez jamais un élan de sincérité, puisque votre statut serait menacé. Vous dites ce que le syndicat vous demande de dire, comme ils [les syndicats] sont les capotes de la liberté, votre bouche est scellée comme votre muscle anal, parce que vous avez loué votre cul et que vous ne chiez pas quand vous voulez.

Si vous êtes capable de voir les injustices commises envers vos collègues, la façon totalement irrationnelle de traiter leurs problèmes et la persécution constante à laquelle ils sont soumis, vous le gardez quand même pour vous de peur que l'attention ne se porte sur votre personne. Auparavant, en des temps reculés, vous étiez un rebelle qui critiquait le système, vous déblatériez contre le conventionnalisme et vous vous en preniez aux règles imposées. Décapant, dynamique, acerbe, impulsif et jovial. Mais quelques faveurs « reçues » ont peu à peu tempéré vos ardeurs, en peaufinant votre capacité d'auto-estime et en limitant vos sentiments. De temps en temps vous avez des accès de nostalgie et vous souhaiteriez vous perdre, mais vos sphincters sont fermés parce que vous louez votre cul et que vous ne chiez pas quand vous voulez.

Vous en avez marre de votre travail, vous êtes en colère, angoissé, stressé et désespéré, à cause de l'augmentation des heures de travail et des responsabilités, des produits, des promotions et des pressions. Vous pourriez faire n'importe quoi n'importe où sans devoir vous lever à l'heure à laquelle d'autres se couchent. Vous briseriez, étriperiez, écraseriez, détruiriez... mais vous êtes enchaîné à des crédits, des billets à ordres et des dettes. Vous êtes écrasé par votre nouvelle fourgonnette, les activités extrascolaires de vos enfants, et par l'emprunt à vingt-cinq ans de votre maison accolée. Et vous vous laissez humilier, vous ravalez, vous vous taisez et vous acceptez parce que celui qui loue son cul ne chie pas quand il veut. »

Ce bulletin fut distribué aux travailleurs et affiché sur le tableau d'affichage du syndicat dans les locaux de la société.

Le juge du travail observa d'emblée que la cause du licenciement était le contenu du bulletin et non l'affiliation syndicale des requérants. Il se référa dans son jugement à l'exercice du droit à la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail et à son caractère non illimité. Il estima que

les limites de ce droit devaient être interprétées conformément au principe de la bonne foi, ce qui, dans le cadre des relations de travail, devait tenir compte du respect des intérêts de l'employeur et des exigences minimales de vie en commun dans le milieu professionnel. Le jugement reprenait la jurisprudence du Tribunal constitutionnel selon laquelle l'exercice du droit au respect de la liberté d'expression est soumis à des limites dérivées de la relation de travail, dans la mesure où le contrat de travail crée un ensemble de droits et d'obligations réciproques qui conditionne l'exercice du droit au respect de la liberté d'expression. Pour cette raison, certaines manifestations dudit droit qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail, bien que l'exigence d'agir de bonne foi n'implique toutefois pas un devoir de loyauté allant jusqu'à la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur.

Quant au contenu du bulletin, le juge du travail considéra que le dessin et les bulles de dialogue de la couverture, ainsi que les articles de l'intérieur, étaient offensants et dépassaient les limites de la liberté d'expression et d'information, portant atteinte à l'honneur et à la dignité du directeur des ressources humaines, des livreurs A. et B., et à l'image de la société P. Il nota enfin que le licenciement ne pouvait pas être considéré comme étant nul, dans la mesure où il était fondé sur une faute grave prévue par la loi, et que les droits fondamentaux des requérants n'avaient pas été violés.

16. Les requérants firent appel de ce jugement. Par un arrêt rendu le 7 mai 2003, le Tribunal supérieur de justice de Catalogne confirma le jugement attaqué dans la mesure où il concernait les requérants.

Il se référa notamment aux limites imposées par le principe de la bonne foi entre les parties à un contrat de travail et à l'équilibre nécessaire que les décisions judiciaires devaient garder entre les obligations du contrat de travail pour le travailleur et sa liberté d'expression. L'exercice de pondération effectué devait permettre de déterminer si la réaction de la société procédant au licenciement du travailleur était ou non légitime. Pour le tribunal, la divulgation du dessin et des articles litigieux était clairement attentatoire à la dignité des personnes visées et outrepassait les limites de la critique admissible, l'exercice de la liberté d'expression ne justifiant pas l'utilisation d'expressions insultantes, injurieuses ou vexatoires qui excédaient l'exercice légitime du droit à la critique et portaient atteinte à l'honorabilité des personnes critiquées. La société P. avait par ailleurs dûment démontré que le licenciement des requérants ne répondait pas à des représailles ou châtiments, mais à une cause réelle, sérieuse et suffisante pour l'adoption de la décision d'extinction de leurs contrats de travail.

17. Les requérants se pourvurent en cassation en vue d'une harmonisation de la jurisprudence. Par une décision du 11 mars 2004, le Tribunal suprême

rejeta ce pourvoi, au motif que la décision apportée comme élément de comparaison, à savoir l'arrêt du Tribunal supérieur de justice de Madrid du 31 juillet 1992, n'était pas pertinente.

18. Invoquant l'article 24 (droit à un procès équitable) de la Constitution, ainsi que les articles 20 et 28 combinés (liberté d'expression et liberté syndicale), les requérants formèrent un recours d'*amparo* auprès du Tribunal constitutionnel. Par une décision du 11 janvier 2006, notifiée le 13 janvier 2006, la haute juridiction déclara le recours irrecevable comme étant dépourvu de contenu constitutionnel. La décision était rédigée comme suit :

« (...) En premier lieu (...) il n'y a pas d'indices permettant de conclure que le licenciement [des requérants] était un acte de représailles de la part de la société défenderesse motivé par les procédures judiciaires entamées par les requérants en défense de leurs droits (...). En deuxième lieu l'atteinte [alléguée] à la liberté syndicale garantie par l'article 28 de la Constitution (grief dans lequel est intégré celui tiré de l'article 14 de la Constitution en ce qu'ils dénonçaient une discrimination pour des motifs syndicaux) n'est pas admissible, dans la mesure où [les requérants] n'ont pas fourni d'indices tendant à démontrer que l'action de la société avait pour but d'amoindrir, de rendre difficile ou d'empêcher l'exercice de la liberté syndicale des requérants, du fait de leur affiliation syndicale ou de leur activité syndicale. Suivant ce que ce tribunal a dit de façon réitérée, l'indice ne consiste pas en une simple allégation d'une violation constitutionnelle mais doit permettre de déduire la possibilité de ce qu'elle ait pu se produire (...) ce qui n'est pas le cas en l'espèce dans la mesure où les circonstances alléguées ne donnent lieu à aucune suspicion sur la violation alléguée. En effet, dans leurs allégations, les requérants se bornent à montrer leur désaccord avec les décisions judiciaires attaquées, qui avaient considéré de façon motivée et manifestement non déraisonnable qu'ils avaient commis les actes que la société leur avait imputés dans les lettres de licenciement.

En troisième lieu, l'article 28 § 1 de la Constitution combiné avec l'article 20 § 1 a) n'a pas non plus été violé pour ce qui est de la violation alléguée du droit à la liberté d'expression des requérants dans un contexte syndical, dans la mesure où ce droit fondamental ne garantit pas le droit à l'insulte. Comme il a été dit récemment dans l'arrêt du Tribunal constitutionnel 39/2005, du 28 février (fondement juridique 4), reprenant la jurisprudence précédente, si la Constitution n'interdit pas l'emploi d'expressions blessantes, gênantes ou hargneuses en toute circonstance, la protection constitutionnelle octroyée par l'article 20 § 1 a) de la Constitution n'inclut toutefois pas les expressions absolument vexatoires qui, tenant compte des circonstances concrètes de la cause et indépendamment de leur véracité ou de leur absence de véracité, sont offensantes, ignominieuses et non pertinentes pour exprimer les opinions ou les informations en cause. L'application de cette jurisprudence au cas d'espèce conduit à l'absence de violation du droit à la liberté d'expression des requérants, qui ont utilisé ce droit de façon démesurée, au moyen de jugements de valeur exprimés à travers des dessins et des expressions offensants et humiliants pour les personnes concernées et qui portaient atteinte à leur honneur et à leur réputation. [Ces dessins et expressions] n'étaient pas nécessaires pour contribuer à la formation d'une opinion sur les faits que

les requérants voulaient dénoncer, et étaient donc gratuits et non nécessaires pour exercer le droit à la liberté d'expression dans le contexte syndical.»

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

19. Les dispositions pertinentes de la Constitution sont ainsi libellées :

### **Article 20**

« 1. Sont reconnus et protégés les droits suivants :

a) droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions oralement, par écrit ou par tout autre moyen de reproduction ;

(...)

d) droit de communiquer et recevoir librement des informations vraies par tous les moyens de diffusion. (...)

2. L'exercice de ces droits ne peut être restreint par aucune censure préalable.

(...)

4. Ces libertés ont leur limite dans le respect des droits reconnus dans ce Titre, dans les dispositions des lois d'application et particulièrement dans le droit à l'honneur, à la vie privée, à son image et à la protection de la jeunesse et de l'enfance. »

### **Article 28**

« 1. Tous ont le droit de se syndiquer librement. (...) La liberté syndicale comprend le droit de créer des syndicats ou de s'affilier à celui de son choix, ainsi que le droit pour les syndicats d'établir des confédérations et d'instituer des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier. Nul ne pourra être obligé de s'affilier à un syndicat.

(...) »

20. Les dispositions pertinentes du Statut des travailleurs (approuvé par le décret royal législatif 1/1995, du 24 mars 1995) se lisent ainsi :

### **Article 54 – licenciement pour motif disciplinaire**

« 1. L'employeur peut décider de mettre fin au contrat de travail, par un licenciement du travailleur pour non-respect grave et coupable de ses obligations.

2. Seront considérées comme inexécutions contractuelles :

(...)

c) Les offenses verbales ou physiques envers l'employeur ou les personnes travaillant dans l'entreprise ou les membres de leurs familles vivant avec eux. »

### **Article 55**

« (...)

7. Le licenciement justifié entraînera l'extinction du contrat sans droit à indemnisation (...)

### III. LES DOCUMENTS ET LA PRATIQUE INTERNATIONAUX PERTINENTS

#### A. L'Organisation internationale du travail

21. Le 23 juin 1971, la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail («l'OIT») adopta la Recommandation n° 143 concernant les représentants des travailleurs, dont le point 15 se lit comme suit :

« 1. Les représentants des travailleurs agissant au nom d'un syndicat devraient être autorisés à afficher des avis syndicaux dans l'entreprise à un ou à plusieurs emplacements qui seront déterminés en accord avec la direction et auxquels les travailleurs auront facilement accès.

2. La direction devrait autoriser les représentants des travailleurs agissant au nom d'un syndicat à distribuer aux travailleurs de l'entreprise des bulletins d'information, des brochures, des publications et d'autres documents du syndicat.

3. Les avis et documents syndicaux visés au présent paragraphe devraient porter sur les activités syndicales normales; leur affichage et leur distribution ne devraient pas porter préjudice au fonctionnement régulier ni à la propriété de l'entreprise. »

22. Lors de sa 54<sup>e</sup> session, en juin 1970, la Conférence internationale du travail adopta la Résolution concernant les droits syndicaux et leurs relations avec les libertés civiles. Elle énuméra explicitement les droits fondamentaux nécessaires à l'exercice de la liberté syndicale, notamment : a) le droit à la liberté et à la sûreté de la personne ainsi qu'à la protection contre les arrestations et les détentions arbitraires; b) la liberté d'opinion et d'expression, et en particulier le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit; c) la liberté de réunion; d) le droit à un jugement équitable par un tribunal indépendant et impartial; e) le droit à la protection des biens des syndicats.

23. En 1994, l'OIT publia un rapport intitulé «Liberté syndicale et négociation collective : Droits syndicaux et libertés civiles et politiques». Les passages pertinents de ce rapport se lisent ainsi :

**«Partie I. Liberté syndicale et protection du droit syndical**

Chapitre II. Droits syndicaux et libertés civiles et politiques

*Introduction*

(...)

24. La Déclaration de Philadelphie (...) a officiellement reconnu la relation entre les libertés publiques et les droits syndicaux. Elle proclame à l'article I b) que la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu et fait référence en son article II a) aux droits fondamentaux inhérents à la dignité humaine. Depuis, cette relation a été constamment affirmée et explicitée, aussi bien par les organes de contrôle de l'OIT que dans les conventions, recommandations et résolutions adoptées par la Conférence internationale du travail.

(...)

27. Les données disponibles, notamment sur la nature des plaintes soumises au Comité de la liberté syndicale, indiquent que les principales difficultés rencontrées par les organisations syndicales et leurs dirigeants à cet égard concernent les droits fondamentaux, et notamment le droit à la sécurité de la personne, la liberté de réunion, la liberté d'opinion et d'expression, ainsi que le droit à la protection des locaux et des biens syndicaux. (...)

(...)

*Liberté d'opinion et d'expression*

38. Un autre élément essentiel des droits syndicaux est le droit d'exprimer des opinions par la voie de la presse ou autrement. Le plein exercice des droits syndicaux exige la libre circulation des informations, des opinions et des idées : les travailleurs, les employeurs et leurs organisations doivent jouir de la liberté d'opinion et d'expression dans leurs réunions, publications et autres activités. Au cas où la publication du journal d'une organisation requiert une autorisation, l'octroi de cette dernière ne doit pas dépendre d'un pouvoir discrétionnaire des autorités, ni être utilisé comme moyen d'exercer un contrôle préalable sur les sujets traités dans le journal ; de plus, toute demande d'autorisation devrait être traitée rapidement. (...) Les diverses mesures de contrôle administratif – par exemple le retrait d'une licence accordée à un journal syndical, le contrôle des imprimeries ou celui de l'approvisionnement en papier – devraient être subordonnées à un contrôle judiciaire indépendant qui devrait intervenir le plus rapidement possible.

39. Un aspect important de la liberté d'expression concerne la liberté de parole des délégués des organisations d'employeurs et de travailleurs aux congrès, conférences et réunions, et notamment à la Conférence internationale du travail. (...)

(...)

*Etat d'exception*

(...)

43. La commission est d'avis que les garanties énoncées dans les conventions internationales du travail, et notamment celles qui concernent la liberté syndicale, ne peuvent être effectives que dans la mesure où sont aussi véritablement reconnues et protégées les libertés civiles et politiques consacrées par la Déclaration universelle des droits de l'homme et les autres instruments internationaux en la matière, en particulier



le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ces principes intangibles à vocation universelle, dont la commission tient à souligner particulièrement l'importance à l'occasion du 75<sup>e</sup> anniversaire de la création de l'OIT et du 50<sup>e</sup> anniversaire de la Déclaration de Philadelphie, devraient constituer l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations.»

24. La cinquième édition (révisée) du *Recueil de décisions et principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du Bureau international du travail (BIT)*, publiée en 2006, contient un résumé des principes formulés par ce comité dans le cadre de l'examen des plaintes individuelles ou collectives visant des violations alléguées des droits syndicaux. Parmi les principes généraux relatifs à la liberté d'opinion et d'expression figurent les suivants :

«154. Le plein exercice des droits syndicaux exige la libre circulation des informations, des opinions et des idées, de sorte que les travailleurs et les employeurs, tout comme leurs organisations, devraient jouir de la liberté d'opinion et d'expression dans leurs réunions, publications et autres activités syndicales. Néanmoins, dans l'expression de leurs opinions, les organisations syndicales ne devraient pas dépasser les limites convenables de la polémique et devraient s'abstenir d'excès de langage. (Voir *Recueil* 1996, § 152; 304<sup>e</sup> rapport, cas n° 1850, § 210; 306<sup>e</sup> rapport, cas n° 1885, § 140; 309<sup>e</sup> rapport, cas n° 1945, § 67; 324<sup>e</sup> rapport, cas n° 2014, § 925, et 336<sup>e</sup> rapport, cas n° 2340, § 652.)

155. Le droit d'exprimer des opinions par voie de presse ou autrement est l'un des éléments essentiels des droits syndicaux. (Voir *Recueil* 1996, § 153; 299<sup>e</sup> rapport, cas n° 1640/1646, § 150; 302<sup>e</sup> rapport, cas n° 1817, § 324; 324<sup>e</sup> rapport, cas n° 2065, § 131; 327<sup>e</sup> rapport, cas n° 2147, § 865; 328<sup>e</sup> rapport, cas n° 1961, § 42; 332<sup>e</sup> rapport, cas n° 2090, § 354, et 333<sup>e</sup> rapport, cas n° 2272, § 539.)

156. Le droit d'exprimer des opinions sans autorisation préalable par voie de presse syndicale est l'un des éléments essentiels des droits syndicaux. (Voir *Recueil* 1996, § 154.)

157. La liberté d'expression dont devraient jouir les organisations syndicales et leurs dirigeants devrait également être garantie lorsque ceux-ci veulent formuler des critiques à l'égard de la politique économique et sociale du gouvernement. (Voir *Recueil* 1996, § 155.)

(...)

163. L'interdiction de poser des affiches exprimant les points de vue d'une centrale syndicale constitue une restriction inacceptable aux activités des syndicats. (Voir *Recueil* 1996, § 467.)

(...)

166. La publication et la distribution de nouvelles et d'informations intéressant spécialement les syndicats et leurs membres constituent une activité syndicale licite, et l'application des mesures de contrôle des publications et des moyens d'information peut

impliquer une ingérence sérieuse des autorités administratives dans ces activités. Dans de tels cas, l'exercice des pouvoirs administratifs devrait être subordonné à un contrôle judiciaire qui devrait intervenir le plus rapidement possible. (Voir *Recueil* 1996, § 161 ; 320<sup>e</sup> rapport, cas n° 2031, § 172, et 327<sup>e</sup> rapport, cas n° 1787, § 341.)

(...)

168. Si l'institution d'une censure générale est avant tout une question ressortissant aux libertés civiles et non pas aux droits syndicaux, l'application de la censure de la presse pendant un différend du travail peut avoir des effets directs sur l'évolution de ce conflit et porter ainsi préjudice aux parties en empêchant la diffusion des faits exacts. (Voir *Recueil* 1996, § 163.)

169. Les organisations syndicales, lorsqu'elles font paraître leurs publications, doivent tenir compte, dans l'intérêt du développement du mouvement syndical, des principes énoncés par la Conférence internationale du travail à sa 35<sup>e</sup> session (1952), pour la protection de la liberté et de l'indépendance du mouvement syndical et la sauvegarde de sa mission fondamentale, qui est d'assurer le développement du bien-être économique et social de tous les travailleurs. (Voir *Recueil* 1996, § 165.)

170. Dans un cas où un journal syndical qui semblait, par ses allusions et ses accusations à l'encontre du gouvernement, avoir dépassé les limites admissibles de la polémique, le comité a signalé que les rédacteurs de publications syndicales devraient s'abstenir des outrances dans le langage. Le rôle premier de telles publications devrait être de traiter dans leurs colonnes de questions intéressant essentiellement la défense et la promotion des intérêts des syndiqués et, plus généralement, du monde du travail. Le comité a reconnu, cependant, que la frontière entre ce qui est politique et ce qui est proprement syndical est difficile à tracer avec netteté. Il a signalé que les deux notions s'interpénètrent en effet et qu'il est inévitable, et parfois normal, que les publications syndicales comportent des prises de position sur des questions ayant des aspects politiques comme sur des questions strictement économiques et sociales. (Voir *Recueil* 1996, § 166.)»

## **B. La Cour interaméricaine des droits de l'homme**

25. La Convention américaine relative aux droits de l'homme comporte un protocole additionnel spécial traitant des droits économiques, sociaux et culturels, dit « Protocole de San Salvador ». Adopté et ouvert à la signature le 17 novembre 1988, il est entré en vigueur le 16 novembre 1999. L'article 8 de ce protocole, intitulé « Droits syndicaux », se lit ainsi :

« 1. Les Etats parties garantissent :

a) Le droit des travailleurs d'organiser des syndicats et de s'affilier à ceux de leur choix pour protéger et favoriser leurs intérêts. En vertu de ce droit, les Etats parties permettront aux syndicats de former des fédérations et des confédérations nationales, de s'associer à celles qui existent déjà, de constituer des organisations syndicales internationales et de s'affilier à celle de son choix. Les Etats parties permettront également que les syndicats, fédérations et confédérations fonctionnent librement ;

b) Le droit de grève.

2. L'exercice des droits énoncés plus haut ne peut faire l'objet que des restrictions prévues par la loi et qui constituent les mesures nécessaires, dans une société démocratique, pour sauvegarder l'ordre public et protéger la santé ou la moralité publiques ainsi que les droits et libertés d'autrui. Les membres des forces armées et de la police ainsi que ceux des autres services publics essentiels exercent ces droits compte tenu des restrictions établies par la loi.

3. Nul ne peut être contraint à appartenir à un syndicat.»

26. Dans son Avis consultatif OC-5/85, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné la nature fondamentale de la liberté d'expression pour l'existence d'une société démocratique, mettant l'accent, entre autres, sur le fait que la liberté d'expression est une condition *sine qua non* au développement des syndicats. Elle s'exprimait dans les termes suivants (paragraphe 70 de l'avis) :

«La liberté d'expression est la pierre angulaire qui sert de fondement à l'existence même de toute société démocratique. Elle est indispensable pour la formation de l'opinion publique. Elle est également une condition *sine qua non* pour le développement des partis politiques, des syndicats, des associations scientifiques et culturelles et, d'une manière générale, de ceux qui désirent exercer une influence sur le public. En résumé, elle est le moyen qui permet à la communauté, lorsqu'elle exerce sa faculté de choisir, de disposer d'informations suffisantes. En conséquence, on peut dire qu'une société qui n'est pas bien informée est une société qui n'est pas vraiment libre.»

#### IV. ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

27. Il ressort d'une recherche de droit comparé que les pouvoirs disciplinaires des employeurs dans les Etats membres du Conseil de l'Europe sont très divers. Il existe une convergence des systèmes juridiques parmi les trente-cinq pays examinés : ils prévoient et organisent la liberté d'expression et la liberté syndicale des salariés, le plus souvent au moyen de normes à valeur constitutionnelle ou, lorsque tel n'est pas le cas, par des règles législatives. Les salariés ayant des responsabilités représentatives bénéficient d'une protection renforcée facilitant l'exercice de leur mandat. Dans tous les pays, la réglementation, afin de concilier l'exercice de ce droit avec les droits et libertés essentiels d'autrui, fixe des règles permettant de sanctionner un abus dans l'exercice de ce droit. Les prérogatives dont dispose l'employeur lui permettent, si besoin est, d'exercer une action disciplinaire à l'encontre du salarié ou de l'agent ayant eu un comportement caractérisant un abus de sa liberté d'expression. La jurisprudence en la matière est concordante et atteste d'une démarche d'examen systématique de la proportionnalité entre la mesure de licenciement et les faits qui l'ont provoquée.

28. Les textes de droit interne sanctionnent le comportement du salarié de nature à nuire aux droits ou aux libertés d'autrui.

Ces règles peuvent tout d'abord être fixées par le code pénal ou par des dispositions permettant d'engager une action en responsabilité. Le plus souvent, les notions pénales de diffamation, d'atteinte à l'honneur, à la réputation, d'injure, de calomnie, etc., autoriseront la personne s'estimant victime d'un abus à rechercher la responsabilité de l'auteur des propos en cause.

Les règles issues du code du travail ou des normes applicables dans la fonction publique ont également vocation à encadrer l'exercice de la liberté d'expression des salariés ou agents et, le cas échéant, à sanctionner tout abus qui serait commis. Des limitations de même nature sont opposables aux agents publics, qu'ils aient ou non la qualité de fonctionnaire.

29. La détention du pouvoir disciplinaire constitue l'une des prérogatives essentielles de tout dirigeant, qu'il relève du secteur privé ou du secteur public. Il dispose, en la matière, d'une large marge d'appréciation lui permettant de prononcer la sanction qu'il estimera la plus adéquate aux faits reprochés au salarié; l'échelle des sanctions envisageables englobe le pouvoir de se séparer de la personne ayant gravement compromis les intérêts de l'entreprise ou du service public. Parallèlement, ce pouvoir de licencier s'accompagne de l'interdiction faite au dirigeant de se séparer du salarié pour des raisons tenant à un motif syndical. La faute ou le motif légitime peuvent fonder une mesure de licenciement. La première se réfère à un comportement particulier, identifié; le second, à un comportement considéré globalement.

30. La proportionnalité de la mesure de licenciement au regard du comportement du salarié est sous-jacente à toutes les législations observées.

31. Le droit applicable dans les Etats examinés permet de constater qu'un abus dans la liberté d'expression dont disposent les salariés ou les agents de la fonction publique est toujours considéré comme un fait répréhensible de nature à permettre d'engager des poursuites disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement. Pour cela, sont pris en compte d'une part des éléments factuels, de caractère objectif, tels que: (i) le degré de gravité de la faute; (ii) la qualification des propos, l'étendue de leur diffusion, et d'autre part des éléments de caractère subjectif, comme la situation personnelle de l'auteur des propos, les éventuels abus de liberté d'expression, la question de savoir si le fait sort du cadre d'une activité syndicale « normale ».

32. Dans tous les pays observés les règles générales permettent de concilier le droit à la liberté d'expression du salarié avec les droits et prérogatives de l'employeur. Leur mise en œuvre est plus délicate dans la mesure où une restriction à un droit fondamental ne peut être admise que

si, eu égard à l'atteinte commise, elle est proportionnée au but recherché. Seule une démarche casuistique permet d'apprécier la teneur de la solution jurisprudentielle retenue dans chacune des espèces en cause.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION, LU À LA LUMIÈRE DE L'ARTICLE 11

33. Les requérants, qui sont membres de la commission exécutive du syndicat Nueva Alternativa Asamblearia (NAA), se plaignent d'avoir été licenciés en raison du contenu du bulletin d'information dudit syndicat de mars 2002. Ils font valoir que la société P. n'a aucunement vérifié quelle était la participation et la responsabilité subjective de chacun d'entre eux. Ils allèguent avoir été licenciés en représailles à des revendications du syndicat, le contenu prétendument injurieux du bulletin d'information de ce dernier servant de prétexte. Ils estiment que les caricatures et les deux articles litigieux n'ont pas dépassé les limites de la critique permise par l'article 10 de la Convention, car les expressions critiquées auraient été proférées sur le ton de la plaisanterie plutôt que sur celui de l'insulte.

Les requérants invoquent les articles 10 et 11 de la Convention, qui disposent comme suit :

#### **Article 10**

« 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 (...)

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 santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui (...)

#### **Article 11**

« 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 protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. (...)

## A. L'arrêt de la chambre

34. Dans son arrêt du 8 décembre 2009, après avoir rappelé que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, la chambre a indiqué que cette liberté est soumise à des exceptions qui doivent s'interpréter strictement; la nécessité de ces exceptions doit être justifiée par un besoin social impérieux. En l'espèce, l'ingérence en cause était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Pour apprécier si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique, il fallait se référer au contexte particulier dans lequel s'inscrivait le présent litige, où une procédure avait été engagée par les requérants contre leur employeur devant les juridictions du travail. Tout en soulignant qu'un syndicat qui ne pourrait exprimer librement ses idées serait vidé de son contenu et de ses objectifs, la chambre a estimé qu'en l'espèce les juridictions espagnoles avaient mis en balance, au regard du droit national, les intérêts en conflit pour conclure que les requérants avaient dépassé les bornes acceptables du droit de critique, de sorte que les décisions rendues par les juridictions internes ne pouvaient être considérées comme déraisonnables ou arbitraires. En conséquence, la chambre a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 10 de la Convention. En outre, elle a considéré qu'aucune question distincte ne se posait à l'égard de l'article 11 de la Convention.

## B. Arguments des parties

### 1. Les requérants

35. Les requérants soulignent que leur employeur, la société P, refusait d'accepter leur condition de travailleurs salariés et le calcul des cotisations à la sécurité sociale y afférant, bien qu'ils aient été reconnus judiciairement comme travailleurs salariés. Ils estiment que la chambre n'a pas suffisamment pris en considération le litige long et complexe qui a opposé le syndicat auquel ils étaient affiliés à leur employeur et à une association de livreurs non salariés créée et soutenue par ce dernier, à laquelle appartenaient les deux témoins cités dans le bulletin syndical.

36. Les requérants font valoir qu'à partir d'avril 2001, à la suite du refus, par les travailleurs adhérents au syndicat NAA, de renoncer aux droits reconnus par voie judiciaire, l'entreprise P. décida de les punir par une réduction salariale sévère. Ils estiment par conséquent qu'il faut situer le bulletin syndical à l'origine de la présente affaire dans son contexte, à savoir le harcèlement et la pression systématique effectués par l'employeur et par l'association de travailleurs non salariés créée par ce dernier pour empêcher

la prolifération de demandes des travailleurs et pour qu'ils renoncent aux droits acquis judiciairement. Ils soutiennent que le directeur des ressources humaines de la société P. a essayé d'acheter les services de certains travailleurs pour convaincre d'autres livreurs salariés de renoncer à réclamer leurs droits. Le directeur des ressources humaines aurait offert de l'argent comptant pour ces services et l'association de livreurs non salariés à laquelle appartiennent les témoins A. et B. serait ainsi devenue complice de l'employeur. Le résultat final n'est pas seulement le licenciement sans indemnisation des requérants, les seuls livreurs salariés n'ayant pas renoncé à leurs droits, mais aussi la suppression du syndicat. Ils estiment par conséquent que les libertés consacrées dans les articles 10 et 11 de la Convention ont été violées.

37. Les requérants soutiennent que tant la caricature de la couverture du bulletin syndical que les deux articles litigieux ont eu une intention critique et informative portant sur la réclamation des salaires devant la juridiction du travail et sur la conduite des membres de l'association de livreurs non salariés. L'utilisation d'un dessin satirique et d'expressions pouvant être considérées comme grossières ou choquantes ne fait pas référence au domaine personnel ou intime des personnes concernées mais à leur rôle dans le conflit objet du litige. Il n'y a pas d'attaque personnelle dans leur ton burlesque et manifestement ironique, inspiré par un *animus iocandi* et non *iniurandi*.

38. Les requérants font valoir que les articles et les dessins ne sont pas signés et portent sur une controverse exclusivement sociale et syndicale au travers d'un organe d'expression du syndicat. Il est donc arbitraire de considérer que tous ses affiliés sont personnellement responsables de cette publication, évoquant soit une responsabilité disciplinaire de caractère collectif, soit une « voie de fait » imposant la dissolution d'un syndicat dans l'entreprise en optant pour le licenciement de ses membres fondateurs en violation de l'article 11 de la Convention.

39. Les requérants notent enfin que même si on devait conclure que les critiques contenues dans le bulletin portent atteinte au droit fondamental à l'honneur et à la réputation d'autrui, l'imposition d'une sanction telle que le licenciement va au-delà de la protection légitime de ce droit et est sans commune mesure avec le but poursuivi.

## 2. Le Gouvernement

### a) Les faits

40. Le Gouvernement tient à préciser, face aux affirmations des requérants dans leur demande de renvoi devant la Grande Chambre, que les « libérés syndicaux » critiqués dans le bulletin ne sont pas des travailleurs

que le chef d'entreprise « libère de l'obligation de travailler » en échange « d'un comportement favorable à l'entreprise », et souligne qu'ils ne sont pas financés par le patronat et que la concession d'un certain nombre d'heures, sans perte de salaire, pour que ces représentants effectuent leur fonction syndicale est une obligation légale (prévue par l'article 68 du Statut des travailleurs).

**b) Sur le grief tiré de l'article 10 de la Convention**

41. Le Gouvernement admet qu'une ingérence dans la liberté d'expression peut aussi avoir lieu dans le cadre d'une relation de droit privé; cependant, dans ce cas il n'y a pas d'ingérence directe de l'Etat dans la liberté d'expression des requérants mais, le cas échéant, non-respect de ses obligations positives de protection de cette liberté.

42. Le Gouvernement rappelle que la résiliation du contrat de travail en raison d'offenses à l'employeur ou aux travailleurs est prévue par la loi et a un but légitime: la protection de la réputation d'autrui. Les juridictions espagnoles ont considéré que les requérants avaient dépassé les limites inhérentes à l'exercice de la liberté d'expression pour nuire à la réputation de l'employeur et d'autres travailleurs. Il ne s'agit pas en l'espèce d'expressions formulées dans les médias, mais dans le cadre restreint d'une société et à propos de personnes qui y travaillent, à savoir le directeur des ressources humaines et des collègues de travail, c'est-à-dire des personnes qui n'exercent aucune fonction publique. Or l'ampleur de la critique admissible est moins large quand il s'agit d'une critique adressée à un simple particulier que quand elle concerne des autorités ou des institutions publiques (voir, *a contrario*, *Dink c. Turquie*, n<sup>os</sup> 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, § 133, 14 septembre 2010). Ce contexte aggrave les préjudices à la réputation causés par le bulletin dans la mesure où les destinataires potentiels de la communication connaissent les personnes critiquées ou caricaturées.

43. Les requérants se sont exprimés par écrit (et non dans le cadre d'un échange oral et spontané d'opinions) et avec une diffusion générale dans l'entreprise, au moyen du bulletin syndical et du tableau d'affichage. Il s'agit par conséquent d'une activité réfléchie des requérants, qui étaient pleinement conscients des conséquences de leurs actes et de la manière dont ils pouvaient nuire à la réputation d'autres personnes.

44. Concernant le contenu des expressions émises par les requérants, le Gouvernement fait valoir qu'il ne s'agit pas d'une opinion ou d'une évaluation sur des questions d'intérêt général (voir, *a contrario*, *Fuentes Bobo c. Espagne*, n<sup>o</sup> 39293/98, 29 février 2000), mais tout comme dans l'affaire *De Diego Nafria c. Espagne* (n<sup>o</sup> 46833/99, 14 mars 2002), de propos utilisés



dans le cadre d'un conflit strictement professionnel avec la société où les requérants travaillaient. De plus, il ne s'agit pas non plus d'un débat de politique syndicale ou d'un débat qui affectait l'ensemble des travailleurs de la société, mais d'une réaction contre ceux qui avaient témoigné à leur rencontre dans des procédures judiciaires dans lesquelles les requérants faisaient légitimement valoir leurs droits individuels.

45. Les juridictions espagnoles ont considéré que la critique légitime pouvant être contenue dans le bulletin avait été exprimée à travers l'insulte grossière, en attribuant aux individus critiqués d'une manière péjorative une « faveur sexuelle » en échange d'un autre type de faveur, et en les qualifiant de voleurs. Dans son arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* ([GC], n<sup>os</sup> 21279/02 et 36448/02, CEDH 2007-IV) la Cour a considéré comme non protégés par la liberté d'expression des propos similaires relatifs à un personnage public de la politique; cela vaut *a fortiori* lorsque ce type d'expressions concerne de simples particuliers.

46. Pour ce qui est des caricatures, le cas de l'espèce présente des différences substantielles par rapport à l'affaire *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche* (n<sup>o</sup> 68354/01, 25 janvier 2007). En effet, en l'espèce, il ne s'agit pas de la formation d'une opinion publique démocratique à travers le monde de l'art, mais d'expressions émises dans le contexte des relations entre employeur et travailleur.

47. Le Gouvernement estime, s'appuyant sur l'arrêt *Constantinescu c. Roumanie* (n<sup>o</sup> 28871/95, §§ 72-75, CEDH 2000-VIII), que l'existence d'atteintes à la réputation d'autrui, dans l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression, ne peut pas être considérée comme justifiée par la condition syndicale de ces derniers. Les limites à la liberté d'expression énoncées à l'article 10 § 2 sont aussi applicables aux représentants syndicaux.

48. Le Gouvernement rappelle que la nature et la lourdeur de la peine infligée sont aussi des éléments qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité de l'ingérence au regard de l'article 10 de la Convention. Or, dans l'arrêt *De Diego Nafria* précité, la Cour a considéré que, bien que le licenciement soit une conséquence grave pour la relation de travail du travailleur ayant dépassé les limites acceptables du droit de critique, l'ensemble des circonstances du cas concret devait être pris en considération. En l'espèce, les juridictions espagnoles ont apprécié une atteinte directe à la réputation des personnes citées dans le bulletin syndical, causée par des expressions et des images grossières et insultantes. Même si elles pouvaient être légitimes, les opinions des requérants ont été exprimées d'une manière gratuitement offensante car ils l'ont fait par écrit et de manière réfléchie.

49. Le Gouvernement conclut par conséquent que l'ingérence en cause est justifiée par la poursuite d'un but légitime et proportionné à celui-ci.

**c) Sur le grief tiré de l'article 11 de la Convention**

50. Pour le Gouvernement, ce grief manque de contenu propre et doit être examiné conjointement avec celui tiré de l'article 10. En réalité, les requérants semblent soutenir que les expressions qui sont la cause de la résiliation de leurs contrats de travail doivent être jugées dans le cadre de l'exercice de leurs tâches de représentation syndicale. Le droit de constituer un syndicat ou le droit d'affiliation à ce dernier n'ont toutefois pas été affectés par la décision de l'employeur confirmée judiciairement; ce qu'il faut examiner en l'espèce est la portée ou les limites de la liberté d'expression des délégués syndicaux.

51. La liberté reconnue dans l'article 11 de la Convention implique des devoirs positifs de protection par l'Etat, y compris ceux relatifs à la possibilité d'exprimer des opinions individuelles. Toutefois, il n'existerait une violation de ces obligations positives que si le droit d'association était affecté (voir, notamment, *Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996, § 52, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II). Or, les requérants n'ont pas établi que le but de la décision de licenciement ait été d'exercer des représailles contre un certain syndicat face à d'autres. Le bulletin litigieux se borne à critiquer les témoignages faits, dans des conflits qui affectent les requérants individuellement, par certains représentants syndicaux, en les comparant à la réalisation de faveurs sexuelles ou à des actes de vol. Il n'y a donc pas de violation du droit à la liberté d'association, mais une question relative à la portée et aux limites de la liberté d'expression des représentants syndicaux, qui doit être examinée uniquement sous l'angle de l'article 10 de la Convention.

**C. Appréciation de la Cour**

*1. Sur la disposition applicable en l'espèce*

52. La Cour note d'emblée que les faits de la cause sont tels que la question de la liberté d'expression se trouve étroitement associée à celle de la liberté d'association dans le contexte syndical. Elle rappelle à cet égard que la protection des opinions personnelles, garantie par l'article 10, compte parmi les objectifs de la liberté de réunion et d'association telle que la consacre l'article 11 (*Ezelin c. France*, 26 avril 1991, § 37, série A n° 202, et *Barraco c. France*, n° 31684/05, § 27, 5 mars 2009). Les parties ont d'ailleurs soumis des arguments sous l'angle de ces deux dispositions.

Il y a lieu de relever, toutefois, que le grief des requérants porte principalement sur le licenciement dont ils ont fait l'objet pour avoir, comme membres de la commission exécutive d'un syndicat, fait publier les articles et afficher les caricatures litigieux. Par ailleurs, les juridictions internes n'ont pas considéré comme démontré que les licenciements en question auraient eu pour cause l'appartenance des requérants audit syndicat. Elles se sont référées à l'exercice du droit à la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail et ont noté que ce droit n'était pas illimité, en raison des caractéristiques spécifiques des relations de travail qui devaient être prises en compte. D'ailleurs, le Tribunal supérieur de justice de Catalogne estima non conforme aux articles 54 §§ 1 et 2 c) du Statut des travailleurs le licenciement de deux autres livreurs salariés, du fait qu'ils se trouvaient en arrêt maladie au moment de la publication et de la diffusion du bulletin litigieux, ce qui empêchait de les considérer comme ayant participé à la publication et à la diffusion dudit bulletin et, par conséquent, comme coresponsables d'une atteinte à la dignité des personnes visées par les publications en cause. En outre, le juge du travail n° 17 de Barcelone prit note du fait qu'ils étaient toujours membres du syndicat en cause (paragraphe 15 ci-dessus). Cela confirme que l'appartenance des requérants au syndicat n'a pas joué un rôle décisif dans le licenciement des requérants.

La Cour estime dès lors plus approprié d'examiner les faits sous l'angle de l'article 10, lequel toutefois sera interprété à la lumière de l'article 11 (*Women On Waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, § 28, 3 février 2009).

2. *Sur l'observation de l'article 10 de la Convention, lu à la lumière de l'article 11*

a) **Principes généraux en matière de liberté d'expression**

53. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (voir, parmi d'autres, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July*, précité). De plus, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur

mode d'expression (*De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 48, *Recueil* 1997-I).

54. Il n'en demeure pas moins qu'il convient de tenir compte de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les réalités du pays, les cours et tribunaux d'un Etat se trouvent souvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager. C'est pourquoi sur le terrain de l'article 10 de la Convention, les Etats contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cette disposition (*Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, § 60, CEDH 2001-I, et *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, § 68, CEDH 2004-XI), en particulier lorsqu'il s'agit de mettre en balance des intérêts privés en conflit.

55. Toutefois, cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante (voir, *mutatis mutandis*, *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98, § 77, CEDH 2003-I, et *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, n° 53678/00, § 38, 2004-X). Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 60, CEDH 1999-III, *Petrenco c. Moldova*, n° 20928/05, § 54, 30 mars 2010, *Polanco Torres et Movilla Polanco c. Espagne*, n° 34147/06, § 41, 21 septembre 2010, et *Aleksey Petrov c. Bulgarie* (déc.), n° 27103/04, 2 novembre 2010).

56. La Cour estime que les membres d'un syndicat doivent pouvoir exprimer devant l'employeur leurs revendications tendant à améliorer la situation des travailleurs au sein de leur entreprise. A cet égard, la Cour note que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné dans son Avis consultatif OC-5/85 que la liberté d'expression était « une condition *sine qua non* pour le développement (...) des syndicats » (paragraphe 26 ci-dessus ; voir aussi paragraphe 24 et, en particulier, le point 155). Un syndicat n'ayant pas la possibilité d'exprimer librement ses idées dans ce cadre se verrait en effet privé d'un moyen d'action essentiel. C'est pourquoi, en vue d'assurer le caractère réel et effectif des droits syndicaux, les autorités nationales doivent veiller à ce que des sanctions disproportionnées ne dissuadent pas les représentants syndicaux de chercher à exprimer et défendre les intérêts de leurs membres. L'expression syndicale peut prendre la forme de bulletins d'information, de brochures, de publications et d'autres documents du syndicat, dont la distribution par les représentants des travailleurs agissant

au nom d'un syndicat doit dès lors être autorisée par la direction, comme l'énonce la Conférence générale de l'OIT dans sa Recommandation n° 143 du 23 juin 1971 (paragraphe 21 ci-dessus).

57. En l'espèce, les juges espagnols ont été appelés à mettre en balance le droit à la liberté d'expression des requérants, garanti par l'article 10 de la Convention, et le droit à l'honneur et à la dignité de MM. G., A. et B. (paragraphe 15-18 ci-dessus) dans le contexte d'une relation de travail. En effet, l'article 10 de la Convention ne garantit pas une liberté d'expression illimitée, et la protection de la réputation ou des droits d'autrui, en l'espèce celle des personnes visées dans les dessins et textes en cause, constitue un but légitime permettant de restreindre cette liberté d'expression. Si la motivation des décisions des juridictions internes concernant les limites de la liberté d'expression lorsque la réputation d'autrui est en jeu est suffisante et respectueuse des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes (*MGN Limited c. Royaume-Uni*, n° 39401/04, §§ 150 et 155, 18 janvier 2011).

**b) Sur les obligations positives qui incombent à l'Etat défendeur en vertu de l'article 10 de la Convention lu à la lumière de l'article 11**

58. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 1 de la Convention, les Etats contractants « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis (...) [dans] la (...) Convention ». Ainsi que la Cour l'a dit dans l'affaire *Marckx c. Belgique* (13 juin 1979, § 31, série A n° 31 ; voir également *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 49, série A n° 44), à l'engagement plutôt négatif d'un Etat de s'abstenir de toute ingérence dans les droits garantis par la Convention « peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes » à ces droits.

59. C'est le cas aussi de la liberté d'expression, dont l'exercice réel et effectif ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux. En effet, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression, même contre des atteintes provenant de personnes privées (*Fuentes Bobo*, précité, § 38, 29 février 2000, *Özgür Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, §§ 42-46, CEDH 2000-III, et *Dink*, précité, § 106).

60. En l'espèce, la mesure contestée par les requérants, à savoir leur licenciement, n'a pas été prise par une autorité étatique, mais par une société privée. A la suite de la publication du bulletin syndical de mars 2002 et des expressions qu'il contenait, les requérants se sont vu imposer, par leur employeur, la sanction disciplinaire du licenciement pour faute grave

(paragraphe 14 ci-dessus), que les juridictions nationales ont confirmée. Les licenciements des requérants ne résultent pas d'une intervention directe des autorités nationales. La responsabilité de ces dernières serait néanmoins engagée si les faits incriminés résultaient d'un manquement de leur part à garantir aux requérants la jouissance du droit consacré par l'article 10 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Gustafsson*, précité, § 45).

61. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il y a lieu d'examiner les présentes requêtes sous l'angle des obligations positives incombant à l'Etat défendeur sur le terrain de l'article 10 à la lumière de l'article 11. Elle va donc rechercher si, en l'espèce, les autorités judiciaires espagnoles étaient tenues d'accueillir les demandes d'annulation des licenciements litigieux en vue de préserver la liberté d'expression des requérants dans le contexte des relations de travail.

62. Si la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au regard de la Convention ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation (*Karhuvaara et Iltalehti*, précité, § 42).

### c) Application de ces principes au cas d'espèce

63. Comme la Cour l'a noté plus haut (paragraphe 61 ci-dessus), la question principale qui se pose en l'espèce est de savoir si l'Etat défendeur était tenu de garantir le respect de la liberté d'expression des requérants en annulant leur licenciement. La Cour a donc pour tâche de déterminer si, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, la sanction imposée aux requérants était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier étaient « pertinents et suffisants » (*Fuentes Bobo*, précité, § 44).

#### *i. Sur la question de savoir si les propos des requérants pouvaient passer pour attentatoires à la réputation d'autrui*

64. La Cour observe que les juridictions internes ont examiné si les droits fondamentaux invoqués par les requérants avaient été violés, ce qui aurait impliqué, en cas de réponse affirmative, la nullité des licenciements dont ils avaient fait l'objet. Elles ont relevé qu'il n'y avait eu aucune atteinte au droit à la liberté syndicale, dans la mesure où les licenciements avaient pour cause le contenu même du bulletin litigieux et non l'affiliation des requérants au syndicat NAA.

65. Par ailleurs, les juridictions internes se sont référées à l'exercice du droit à la liberté d'expression dans le cadre des relations de travail et ont noté que ce droit n'étant pas illimité, les caractéristiques spécifiques des relations de travail devaient être prises en compte. Le juge du travail n° 17 de Barcelone a estimé en effet que la caricature et les bulles de dialogue de la couverture du bulletin syndical de même que les articles à l'intérieur étaient offensants et portaient atteinte à l'honorabilité des personnes concernées, car ils avaient dépassé les limites de la liberté d'expression et d'information et avaient mis à mal l'honneur et la dignité du directeur des ressources humaines, de deux travailleurs ainsi que l'image de la société P. (paragraphe 15 ci-dessus).

66. Pour arriver à cette conclusion, le juge du travail n° 17 de Barcelone a procédé à une analyse minutieuse des faits litigieux et, notamment, du contexte dans lequel les requérants avaient publié le bulletin d'information, objet de la controverse. La Cour n'aperçoit aucune raison de remettre en cause les constatations ainsi faites par les juridictions internes, d'après lesquelles le dessin et les deux articles litigieux étaient offensants et de nature à nuire à la réputation d'autrui.

67. A cet égard, il y a lieu de relever que les requérants se sont exprimés au moyen d'une caricature montrant le directeur des ressources humaines, G., assis derrière une table sous laquelle se trouvait une personne le dos tourné et à quatre pattes, et A. et B., des représentants des travailleurs, qui contemplaient la scène et attendaient leur tour pour satisfaire le directeur, le tout assorti de bulles de dialogue suffisamment explicites. Quant aux deux articles (paragraphe 15 ci-dessus), ils contenaient des reproches explicites d'« infamie » dirigés contre A. et B., accusés d'avoir « vendu » les autres employés et d'avoir abandonné leur dignité pour conserver leur poste. Ces reproches étaient exprimés en des termes à la fois vexatoires et blessants pour les personnes visées. Or, la Cour rappelle qu'une distinction claire doit être faite entre critique et insulte, cette dernière pouvant, en principe, justifier des sanctions (voir, *mutatis mutandis*, *Skalka c. Pologne*, n° 43425/98, § 34, 27 mai 2003). Elle renvoie également aux principes généraux relatifs à la liberté d'opinion et d'expression de la cinquième édition (révisée) du *Recueil de décisions et principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* et, en particulier, au point 154 selon lequel « dans l'expression de leurs opinions, les organisations syndicales ne devraient pas dépasser les limites convenables de la polémique et devraient s'abstenir d'excès de langage » (paragraphe 24 ci-dessus).

68. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les motifs retenus par les juridictions nationales se conciliaient avec le but légitime consistant à protéger la réputation des personnes physiques visées dans la caricature et les textes en cause, et que la conclusion selon laquelle les requérants avaient

dépassé les bornes de la critique admissible dans le cadre des relations de travail ne saurait être considérée comme infondée ou dépourvue d'une base factuelle raisonnable.

*ii. Sur la question de savoir si la sanction du licenciement était proportionnée par rapport à la gravité des propos litigieux*

69. Il reste à rechercher si la sanction infligée aux requérants, à savoir leur licenciement par leur employeur, était proportionnée, eu égard aux circonstances de la cause.

70. Pour se prononcer sur cette question, la Cour tiendra compte en particulier des termes utilisés dans la caricature et les articles en question et du contexte professionnel dans lequel ceux-ci ont vu le jour.

71. Elle note tout d'abord que les propos litigieux s'inscrivaient dans un contexte particulier: une procédure avait été entamée devant les juridictions du travail par les requérants, membres d'un syndicat, contre leur employeur; dans le cadre de cette procédure, les livreurs non salariés A. et B. avaient témoigné en faveur de la société P. et donc contre les requérants (paragraphe 11 ci-dessus). La caricature et les articles litigieux publiés dans le bulletin de la section syndicale à laquelle appartenaient les requérants s'inscrivaient donc dans le cadre d'un conflit opposant les requérants et la société P. Il n'en demeure pas moins qu'ils contenaient des critiques et des accusations adressées non pas directement à cette dernière mais aux deux livreurs non salariés et au directeur des ressources humaines. La Cour rappelle à cet égard que les limites de la critique admissible sont certainement moins larges à l'égard des particuliers qu'à l'égard des hommes politiques et des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs pouvoirs (voir, *a contrario*, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 42, série A n° 103, et *Nikula c. Finlande*, n° 31611/96, § 48, CEDH 2002-II).

72. La Cour ne partage pas la thèse du Gouvernement selon laquelle le contenu des articles litigieux ne soulevait pas de question d'intérêt général (paragraphe 44 ci-dessus). La publication incriminée intervenait dans le cadre d'un conflit du travail au sein de la société envers laquelle les requérants revendiquaient certains droits. Le rôle premier d'une telle publication « devrait être de traiter des questions intéressant essentiellement la défense et la promotion des intérêts des syndiqués et, plus généralement, du monde du travail » (paragraphe 24 ci-dessus, en particulier le point 170 du *Recueil BIT* cité). Le débat n'était donc pas purement privé; il s'agissait au moins d'une question d'intérêt général pour les travailleurs de la société P. (voir, *mutatis mutandis*, *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 50, CEDH 1999-I, et *Boldea c. Roumanie*, n° 19997/02, § 57, 15 février 2007).



73. Pour autant, l'existence d'une telle question ne saurait justifier l'utilisation de caricatures et d'expressions offensantes, même dans le cadre de la relation de travail (paragraphe 24 ci-dessus, point 154). De plus, ces dernières ne constituaient pas une réaction instantanée et irréfléchie dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, ce qui est le propre des excès verbaux. Il s'agissait au contraire d'assertions écrites, publiées en toute lucidité et affichées publiquement au sein de la société P. (comparer avec *De Diego Nafria*, précité, § 41).

74. Les juridictions nationales ont tenu compte de tous ces éléments lorsqu'elles se sont penchées sur le recours des requérants. Elles se sont en effet livrées à un examen approfondi des circonstances de l'affaire et ont effectué une mise en balance circonstanciée des intérêts divergents en jeu, en tenant compte des limites du droit à la liberté d'expression et des droits et obligations réciproques propres au contrat de travail et au milieu professionnel. Elles ont entériné les sanctions infligées par l'employeur, estimant qu'elles n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi, à savoir la protection de la réputation de MM. G., A. et B. dans un tel contexte. Elles ont également jugé que la conduite en cause ne relevait pas directement de l'activité syndicale des requérants, qu'elle avait au contraire entraîné une rupture de la bonne foi dans le cadre des relations professionnelles et qu'elle n'avait pas respecté les exigences minimales de la vie en commun dans le milieu professionnel (paragraphe 15 ci-dessus). Enfin, elles se sont amplement référées en l'espèce à la jurisprudence du Tribunal constitutionnel relative au droit à la liberté d'expression dans les relations de travail et à son caractère non illimité. Aux yeux de la Cour, les conclusions auxquelles elles sont parvenues ne sauraient passer pour déraisonnables. A cet égard, elle relève en effet, outre le caractère injurieux de la caricature et des textes en cause, le fait que ceux-ci étaient destinés plus à attaquer des collègues pour avoir témoigné en justice qu'à promouvoir une action syndicale à l'égard de l'employeur.

75. Par ailleurs, un examen des éléments de droit comparé dont la Cour dispose révèle que l'employeur jouit généralement d'une large marge d'appréciation dans la détermination de la sanction la plus adéquate aux faits reprochés à un salarié, l'échelle des sanctions envisageables englobant entre autres le pouvoir de se séparer d'une personne qui a gravement compromis les intérêts de l'entreprise. Dans les pays examinés, la législation vise à concilier le droit à la liberté d'expression du salarié avec les droits et prérogatives de l'employeur, en exigeant notamment qu'une mesure de licenciement soit proportionnée par rapport au comportement du salarié qui en fait l'objet (paragraphe 27, 30 et 31 ci-dessus). L'homogénéité des

systèmes juridiques européens sur ce terrain est un élément pertinent quand il s'agit de mettre en balance les divers droits et intérêts en jeu en l'espèce.

76. La Cour rappelle que pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes. Comme le juge du travail l'a souligné à juste titre, même si la bonne foi devant être respectée dans le cadre d'un contrat de travail n'implique pas un devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur, certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail (voir, *mutatis mutandis*, *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, §§ 51 et 59, série A n° 323). De plus, une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères.

77. Cela amène la Cour à estimer que, dans les circonstances particulières de la présente espèce, le licenciement dont les requérants ont fait l'objet n'était pas une sanction manifestement disproportionnée ou excessive, de nature à exiger que l'Etat y portât remède en l'annulant ou en y substituant une sanction moins sévère.

*iii. Conclusion*

78. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Etat défendeur n'a pas manqué à ses obligations à l'égard des requérants au titre de l'article 10 de la Convention, lu à la lumière de l'article 11.

79. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10 lu à la lumière de l'article 11.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

*Dit*, par douze voix contre cinq, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention, lu à la lumière de l'article 11.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 septembre 2011.

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 de l'opinion séparée des juges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović et Vučinić.

N.B.

V.B.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE DES JUGES TULKENS,  
DAVÍD THÓR BJÖRGVINSSON, JOČIENĚ, POPOVIĆ  
ET VUČINIĆ

1. Nous ne partageons pas la décision de la majorité selon laquelle il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 10 de la Convention, lu à la lumière de l'article 11. Au travers des circonstances concrètes de cette affaire, des questions de principe importantes se posent en termes de contenu et d'étendue de la liberté d'expression dans le cadre de la relation de travail et de la liberté d'expression syndicale.

2. Rappelons brièvement les faits car ils sont importants pour saisir la portée et l'enjeu du débat.

Les requérants travaillaient comme livreurs pour une société de boulangerie industrielle. Ils avaient engagé contre celle-ci des procédures auprès des juridictions du travail tendant à voir reconnaître leur statut de travailleurs salariés (et non de livreurs commerciaux ou non salariés), afin d'être intégrés au régime correspondant de la sécurité sociale. Dans le cadre de ces procès, des représentants d'un comité de livreurs non salariés de la société avaient témoigné contre les requérants. En 2001, les requérants créèrent le syndicat Nueva Alternativa Asamblearia (NAA) pour défendre leurs intérêts et ceux des autres livreurs face aux pressions de la société pour qu'ils renoncent à leur statut de salariés, qui leur avait été reconnu par les juridictions du travail. Les requérants n'étaient pas des représentants syndicaux, compte tenu du fait qu'au moment des licenciements il n'y avait pas eu d'élections syndicales au sein de la société depuis 1991, mais ils avaient intégré la commission exécutive du syndicat NAA et le premier requérant était délégué syndical.

Le bulletin mensuel d'information du syndicat de mars 2002 annonçait le jugement rendu en avril 2002 par le juge du travail n° 13 de Barcelone, qui avait accueilli les prétentions des requérants, condamnant la société à leur verser certains montants relatifs aux salaires dont elle était débitrice. Sur la couverture du bulletin, une caricature satirique visait le directeur des ressources humaines de la société acceptant des faveurs sexuelles en échange d'avantages octroyés à certains travailleurs. A l'intérieur du bulletin, deux articles critiquaient violemment deux personnes, appartenant à la même société mais représentant un comité de livreurs non salariés, accusées d'avoir « vendu les autres travailleurs et abandonné leur dignité pour conserver leur poste ».

Le 3 juin 2002, les requérants furent licenciés sur-le-champ pour faute grave, en l'occurrence atteinte à l'honneur des personnes visées, sur le

fondement de l'article 54 § 1 du Statut des travailleurs, qui permet de mettre un terme au contrat de travail en cas de non-respect grave et coupable par le travailleur de ses obligations. Selon l'article 54 § 2 c), constituent une faute grave « les offenses verbales ou physiques à l'employeur ou aux personnes qui travaillent au sein de l'entreprise ou aux membres de leurs familles ou qui cohabitent avec eux ». Leur syndicat NAA fut également supprimé.

3. A juste titre, la Cour note d'emblée que « les faits de la cause sont tels que la question de la liberté d'expression se trouve étroitement associée à celle de la liberté d'association dans le contexte syndical » (paragraphe 52 de l'arrêt, alinéa 1). Toutefois, par après, elle s'oriente dans une autre direction et évacue, de manière artificielle, la *dimension syndicale* de l'affaire. Elle prend à son compte la position des juridictions internes qui « n'ont pas considéré comme démontré que les licenciements auraient eu pour cause l'appartenance des requérants audit syndicat » et, tout en nuancant légèrement cette position, confirme « que l'appartenance des requérants au syndicat n'a pas joué un rôle décisif dans le licenciement des requérants » (*ibidem*, alinéa 2).

4. La Cour choisit dès lors comme angle d'examen principal l'article 10 de la Convention, même si elle précise que cette disposition sera interprétée à la lumière de l'article 11<sup>1</sup>. Toutefois, cet éclairage annoncé se révèle concrètement illusoire, voire théorique. En effet, autant dans son appréciation des faits que dans la mise en balance des intérêts, la majorité ne tient quasiment pas compte du fait que les requérants étaient membres d'un syndicat ni qu'ils exprimaient des revendications en matière professionnelle et sociale; en outre, le litige en cause se situait au cœur même d'un débat relatif à la liberté syndicale puisqu'il opposait non seulement un syndicat à l'employeur mais aussi deux syndicats entre eux.

5. Le droit à la liberté syndicale ne peut être dissocié du droit à la liberté d'expression et d'information. Et, à son tour, la liberté d'expression syndicale est unanimement considérée comme un aspect essentiel et indispensable du droit syndical, une condition nécessaire à la réalisation des objectifs des associations et des syndicats, comme il ressort très clairement des documents de l'Organisation internationale du travail et de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme cités par l'arrêt de la Grande Chambre comme textes pertinents (paragraphe 21 et suivants de l'arrêt).

1. Il est certain que les deux libertés garanties respectivement par l'article 10 et l'article 11 de la Convention entretiennent des liens étroits. Il semble cependant que notre Cour manque encore de cohérence dans la manière dont elle traite les affaires où sont invoquées ensemble ces deux dispositions. En examinant la jurisprudence, on constate que la Cour a examiné la plupart de ces affaires sous l'angle de l'article 11, disposition qualifiée de *lex specialis* par rapport à l'article 10, *lex generalis*; elle a cependant aussi examiné des affaires similaires au cas présent sous le seul angle de l'article 10.

Pour reprendre les termes de M. O’Boyle, «on peut considérer que la liberté d’expression est l’oxygène d’où les droits liés à la liberté d’association tirent leur vitalité»<sup>1</sup>. Nous pensons avec d’autres que «dans la mesure où les syndicats jouent un rôle important en ce qu’ils expriment et défendent des idées d’intérêt public en matière professionnelle et sociale, leur liberté d’émettre des opinions mérite un degré de protection élevé»<sup>2</sup>.

6. Sans prétendre que les licenciements trouvaient leur cause dans l’appartenance syndicale des requérants, il est certain que la caricature et les articles litigieux dans le bulletin syndical avaient une coloration syndicale et ils devaient dès lors être appréciés au regard du conflit social existant au sein de l’entreprise ainsi que du contexte dans lequel ils ont été publiés.

7. Certes, il n’y a pas, à ce jour, de jurisprudence spécifique de la Convention mettant en rapport le droit à la liberté syndicale, dans son aspect «droit à ce qu’il [le syndicat] soit entendu en vue de la défense de leurs intérêts»<sup>3</sup>, avec la liberté d’expression. Nous pensons cependant que la jurisprudence applicable à la liberté d’expression dans le contexte de la presse peut être appliquée, *mutatis mutandis* et avec toutes les précautions nécessaires, aux cas comme celui de l’espèce. En effet, une fonction similaire à celle de «chien de garde» de la presse est exercée par un syndicat qui agit au nom des travailleurs de l’entreprise pour assurer la défense de leurs intérêts professionnels et sociaux. Dans l’arrêt *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie* du 27 mai 2004 (n° 57829/00), la Cour a étendu aux groupements de protection de l’environnement le statut privilégié réservé à la presse. Il en va de même en ce qui concerne des associations dans l’arrêt *Mamère c. France* (n° 12697/03, CEDH 2006-XIII).

8. Cela étant, il va de soi que la liberté d’expression tout comme la liberté d’expression syndicale ne sont pas illimitées et que leur exercice est soumis aux mêmes limitations et restrictions nécessaires dans une société démocratique.

9. Au regard de l’article 10 de la Convention, l’affaire doit être examinée sous l’angle des obligations positives susceptibles d’incomber à l’Etat défendeur afin de garantir aux requérants la jouissance du droit à la liberté d’expression, la mesure contestée par les requérants, à savoir leur licenciement, n’ayant pas été prise par une autorité étatique mais par une société privée. La question qui se pose est de savoir si la sanction

1. M. O’Boyle, «Right to Speak and Associate under Strasbourg Case-Law with Reference to Eastern and Central Europe», *Conn. J. Int’l L.*, vol. 8, 1993, p. 282.

2. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, «La liberté d’expression syndicale, parent pauvre de la démocratie», *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1456. Voir aussi D. Voorhoof et J. Englebort, «La liberté d’expression syndicale mise à mal par la Cour européenne des droits de l’homme», *Rev. trim. dr. h.*, n° 83, 2010, p. 743.

3. Voir l’arrêt *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 39, série A n° 19.

disciplinaire de licenciement des requérants pour faute grave, entraînant la perte immédiate et définitive de leur emploi, répondait à un « besoin social impérieux » et était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier étaient « pertinents et suffisants ». Nous ne le pensons pas, même si nous pouvons admettre comme but légitime la protection de la réputation ou des droits d'autrui.

10. Dans la mise en balance de la liberté d'expression et du droit à l'honneur et à la réputation des personnes visées, la Cour reprend entièrement et quasi textuellement les constatations des juridictions internes qui ont estimé, sans prendre en compte l'article 10 de la Convention, que la caricature et les articles litigieux étaient offensants et portaient atteinte à l'honorabilité des individus en cause et de la société (paragraphe 65 de l'arrêt). A aucun moment, la Cour n'examine concrètement si ceux-ci dépassent la limite des propos qui « choquent, heurtent et inquiètent » et qui sont protégés par l'article 10 de la Convention comme expression du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique. C'est justement lorsqu'on présente des idées qui heurtent et choquent que la liberté d'expression est la plus précieuse<sup>1</sup>.

11. En ce qui concerne le dessin de couverture, il s'agit d'une *caricature*, certes vulgaire et d'un goût douteux, mais qui doit être considérée pour ce qu'elle est, à savoir une figure satirique. Dans d'autres affaires, notre Cour a reconnu le caractère satirique d'une expression, d'une publication ou d'une caricature<sup>2</sup>. En refusant de prendre ce caractère en compte en l'espèce, l'arrêt donne l'étrange impression de placer la liberté d'expression syndicale à un rang inférieur à celui de la liberté artistique et de la traiter de manière plus rigoureuse<sup>3</sup>.

12. Par ailleurs, quant au *contenu* des textes litigieux, qui sont sans nul doute rudes et grossiers, ils doivent être appréciés au regard du conflit social existant au sein de l'entreprise. Les vives critiques n'étaient pas relatives à l'intimité des personnes ou à d'autres droits liés à leur vie privée. Elles portaient exclusivement sur le rôle de certains collègues dans le conflit

1. *Women On Waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, § 42, 3 février 2009.

2. *Sokolowski c. Pologne*, n° 75955/01, 29 mars 2005, *Ukrainian Media Group c. Ukraine*, n° 72713/01, 29 mars 2005, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche (n° 3)*, nos 66298/01 et 15653/02, 13 décembre 2005, *Alınak et autres c. Turquie*, n° 40287/98, 4 mai 2006, *Klein c. Slovaquie*, n° 72208/01, 31 octobre 2006, *Nikowitz et Verlagsgroupe News GmbH c. Autriche*, n° 5266/03, 22 février 2007, *als Diena et Ozoliņš c. Lettonie*, n° 16657/03, 12 juillet 2007, *Ciban Öztürk c. Turquie*, n° 17095/03, 9 juin 2009, *Bodrožić et Vujin c. Serbie*, n° 38435/05, 23 juin 2009, *Kuliš et Różycki c. Pologne*, n° 27209/03, 6 octobre 2009, et *Alves Da Silva c. Portugal*, n° 41665/07, 20 octobre 2009. Voir aussi l'arrêt *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, série A n° 302.

3. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *op. cit.*

social et sur leur attitude professionnelle dans la controverse juridique liée au respect des droits légalement reconnus aux travailleurs. C'était d'ailleurs la promotion et la protection de ces droits qui avait été la raison essentielle de la création du syndicat. A cet égard, ces critiques ne nous semblent pas de nature à causer un préjudice « à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée » (*A. c. Norvège*, n° 28070/06, § 64, 9 avril 2009). Il est d'ailleurs significatif de constater qu'il ne ressort pas du dossier que les personnes visées par les propos offensants des requérants aient engagé des actions judiciaires pour diffamation ou injures à l'encontre des requérants, comme c'était le cas dans l'affaire *Fuentes Bobo c. Espagne*<sup>1</sup>.

Ainsi, la couverture du bulletin faisait référence au fait que certains représentants de l'association avaient témoigné en faveur de l'entreprise et que, en échange, ils avaient reçu des avantages. Dans l'article incriminé « Témoins... de qui? D'eux-mêmes », la même question était abordée, certes dans des termes ironiques et excessifs, faisant valoir que les témoins ne jouent pas leur rôle de défense de l'intérêt de personnes comme les membres de l'association professionnelle dont ils sont eux-mêmes les représentants.

13. Au paragraphe 74 de l'arrêt, pour asseoir son évaluation, la Cour relève « outre le caractère injurieux de la caricature et des textes en cause, le fait que ceux-ci étaient destinés plus à attaquer des collègues pour avoir témoigné en justice qu'à promouvoir une action syndicale à l'égard de l'employeur ». A nouveau, la Cour dissocie les textes litigieux de leur contexte, l'action syndicale ayant précisément été suscitée par les témoignages en justice des membres de l'autre comité (voir paragraphe 2 ci-dessus). Par ailleurs, pareille affirmation – dont on peut se demander si elle rentre bien dans la compétence de la Cour – relève de la spéculation et laisse transparaître une relative méconnaissance de l'action syndicale, voire une certaine méfiance à l'endroit de celle-ci.

14. Tout comme la chambre, la Grande Chambre insiste sur le fait que les caricatures et les articles offensants « ne constituaient pas une réaction instantanée et irréfléchie dans le cadre d'un échange oral rapide et spontané, ce qui est le propre des excès verbaux. Il s'agissait au contraire d'assertions écrites, publiées en toute lucidité et affichées publiquement au sein de la société P. » (paragraphe 73 de l'arrêt). Cette appréciation permet en fait à la Cour de distinguer la présente affaire de l'arrêt *Fuentes Bobo* (précité) où il s'agissait d'assertions orales prononcées lors d'émissions de radio et en direct, ce qui avait ôté la possibilité aux requérants de les reformuler, de les corriger voire de les retirer avant qu'elles ne soient rendues publiques<sup>2</sup>.

1. *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 48, 29 février 2000.

2. *Ibidem*, § 46.



Le caractère relativement artificiel de cette distinction, précisément dans le contexte de la relation de travail, peut faire craindre que le présent arrêt ne constitue une régression par rapport à l'arrêt *Fuentes Bobo*, concernant le licenciement d'un journaliste en raison de vives critiques lors d'une émission de radio et où la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention dans le cadre d'un conflit de travail.

15. Pour ce qui est de la *gravité de la sanction*, les requérants se sont vu infliger la sanction maximale prévue par le Statut des travailleurs, à savoir la résiliation définitive du contrat de travail, sans préavis, sans avertissement et sans indemnisation. Il est incontestable qu'il s'agit de la plus sévère des sanctions qui puisse atteindre des travailleurs, alors que d'autres sanctions disciplinaires, moins lourdes et plus appropriées, auraient pu/dû être envisagées, comme la Cour le reconnaît dans l'arrêt *Fuentes Bobo*<sup>1</sup>.

16. Il faut relever aussi que les requérants ont été licenciés pour non-respect grave et coupable de leurs obligations, bien que les « offenses » commises par écrit ne soient pas expressément énoncées à l'article 54 § 2 du Statut des travailleurs, qui ne se réfère qu'aux « offenses orales ou physiques envers l'employeur ou les personnes travaillant dans l'entreprise (...) » parmi les cas susceptibles d'être considérés comme inexécution contractuelle. En tout état de cause, la sanction à infliger dépendait de la qualification comme « grave » par l'employeur de la conduite en cause en l'espèce et, dès lors, de la volonté de ce dernier de mettre fin aux contrats de travail des requérants, dans la mesure où l'article 54 § 1 du Statut de travailleurs n'impose pas impérativement le licenciement pour ce cas de figure mais en prévoit seulement la possibilité.

17. Le choix d'une sanction aussi lourde infligée aux membres d'un syndicat qui agissent pour leur propre compte mais aussi pour la défense des intérêts d'autres travailleurs est susceptible d'avoir, de façon générale, un « effet dissuasif » (*chilling effect*) sur la conduite des syndicalistes face à l'employeur et de constituer une atteinte directe à la raison d'être d'un syndicat<sup>2</sup>. A cet égard, il faut relever que la simple menace de renvoi impliquant la perte des moyens d'existence a été qualifiée dans la jurisprudence de la Cour comme une forme très grave de contrainte touchant à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11 (*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981, § 55, série A n° 44).

1. *Ibidem*, §§ 49-50.

2. Sur l'effet dissuasif manifeste que la crainte de sanctions emporte pour l'exercice par les journalistes de leur liberté d'expression, voir, *mutatis mutandis*, *Wille c. Liechtenstein*, n° 28396/95, § 50, CEDH 1999-VII, *Nikula c. Finlande*, n° 31611/96, § 54, CEDH 2002-II, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, et *Elci et autres c. Turquie*, n°s 23145/93 et 25091/94, § 714, 13 novembre 2003.

18. Enfin, la majorité n'hésite pas à affirmer que certaines manifestations du droit à la liberté d'expression qui pourraient être légitimes dans d'autres contextes ne le sont pas dans le cadre de la relation de travail. Et elle ajoute: «De plus, une atteinte à l'honorabilité des personnes faite par voie d'expressions grossièrement insultantes ou injurieuses au sein du milieu professionnel revêt, en raison de ses effets perturbateurs, une gravité particulière, susceptible de justifier des sanctions sévères. Cela amène la Cour à estimer que, dans les circonstances particulières de la présente espèce, le licenciement dont les requérants ont fait l'objet n'était pas une sanction manifestement disproportionnée ou excessive, de nature à exiger que l'Etat y portât remède en l'annulant ou en y substituant une sanction moins sévère» (paragraphe 76 et 77 de l'arrêt). Nous sommes perplexes devant une telle affirmation.

Tout d'abord, l'argument des troubles éventuels sur les lieux de travail est un argument qui a été invoqué traditionnellement pour justifier *davantage* de protection de la liberté d'expression et non pas *moins* de protection. «Many people, (...) economically dependent as they are upon their employer, hesitate to speak out not because they are afraid of getting arrested, but because they are afraid of being fired. And they are right.»<sup>1</sup>.

Ensuite, cette singulière prise de position de la Cour néglige à nouveau la dimension sociale de la situation en cause et nous paraît détachée de la réalité actuelle. Le licenciement pour faute grave immédiat et définitif a tout simplement privé les requérants de leurs moyens d'existence. En termes de proportionnalité, peut-on raisonnablement aujourd'hui, dans la situation généralisée de crise de l'emploi qui affecte de nombreux pays et en termes de paix sociale, comparer les éventuels effets perturbateurs des textes litigieux au sein de la société à la mise définitive à l'écart et dès lors à la précarisation des travailleurs? Nous ne le pensons pas.

19. En conclusion, au vu de ce qui précède, de l'interdépendance des libertés d'expression et d'association, du contexte social et professionnel dans lequel les faits se sont produits, de la gravité de la sanction, de son effet dissuasif et de son caractère disproportionné, nous estimons que l'ingérence en question ne répondait pas à un «besoin social impérieux», qu'elle ne saurait passer pour «nécessaire dans une société démocratique» et se révèle manifestement disproportionnée aux objectifs poursuivis. Il y a donc une violation de l'article 10 de la Convention, lu à la lumière de l'article 11.

1. I. Glasser, «You Can Be Fired for Your Politics», *Civil Liberties*, n° 327, avril 1979, p. 8.

PALOMO SÁNCHEZ AND OTHERS v. SPAIN  
(*Applications nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06*)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 12 SEPTEMBER 2011<sup>1</sup>

---

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



SUMMARY<sup>1</sup>**Dismissal of trade unionists for publishing offensive articles about their colleagues****Article 10**

*Freedom of expression – Dismissal of trade unionists for publishing offensive articles about their colleagues – Trade-union freedom – Positive obligations – Protection of the reputation of others – Limits of acceptable criticism in labour relations – Principle of good faith in the professional environment – Written allegations – Insulting nature of language used – Proportionality*

\*

\* \*

The applicants worked as delivery men for a company. After having brought several sets of proceedings before employment tribunals against their employer, in 2001 they set up a trade union and were members of its executive committee. The March 2002 issue of the union's monthly newsletter reported on a judgment of an employment tribunal which had partly upheld their claims. The cover page of the newsletter displayed a cartoon showing a person giving sexual gratification to the director of human resources of the company while two employees watched and waited for their turn. The two employees were criticised in two articles, worded in vulgar language, for having testified in favour of the company during the proceedings brought by the applicants. The newsletter was distributed among the workers and displayed on the trade union's noticeboard on the company's premises. The applicants were dismissed for serious misconduct, namely for impugning the reputations of the two employees and the human resources director targeted in the newsletter. The applicants challenged that decision before the courts. The employment tribunal dismissed their complaints, finding that the dismissals were justified under the relevant provisions of the Labour Regulations. It held that the cartoon and the two articles were offensive and impugned the dignity of those concerned, and thus exceeded the limits of freedom of expression. Subsequent appeals by the applicants were unsuccessful.

In a judgment of 8 December 2009, a Chamber of the Court found, by six votes to one, that there had been no violation of Article 10 of the Convention.

---

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

*Held*

Article 10 read in the light of Article 11: In the applicants' case, the question of freedom of expression was closely related to that of freedom of association in a trade-union context. It was to be noted in this connection that the protection of personal opinions under Article 10 was one of the objectives of freedom of assembly and association as enshrined in Article 11. However, even though the complaint mainly concerned the applicants' dismissal for having, as members of the executive committee of a trade union, published and displayed the material in question, the Court found it more appropriate to examine the facts under Article 10, albeit in the light of Article 11, as it had not been established by the domestic courts that the applicants' trade-union membership had played a decisive role in their dismissal.

The principal question was whether the respondent State was required to guarantee respect for the applicants' freedom of expression by annulling their dismissal. The domestic courts had noted that freedom of expression in the context of labour relations was not unlimited, the specific features of those relations having to be taken into account. Arriving at the conclusion that the cartoon and articles had been offensive to the people concerned, the employment tribunal had carried out a detailed analysis of the facts at issue and the context in which the applicants had published the newsletter. The Court saw no reason to call into question the domestic courts' findings that the content of the newsletter had been offensive and capable of harming the reputation of others. A clear distinction had to be made between criticism and insult and the latter might, in principle, justify sanctions. Accordingly, the grounds given by the domestic courts had been consistent with the legitimate aim of protecting the reputation of the individuals targeted by the cartoon and articles in question, and the conclusion that the applicants had overstepped the limits of admissible criticism in labour relations could not be regarded as unfounded or devoid of a reasonable basis in fact.

As to whether the sanction imposed on the applicants, namely their dismissal, was proportionate to the degree of seriousness of the content in question, the cartoon and articles had been published in the newsletter of the trade-union workplace branch to which the applicants belonged, in the context of a dispute between them and the company. However, they included criticisms and accusations which were aimed not directly at the company but at two other employees and the human resources manager. The extent of acceptable criticism was narrower as regards private individuals than as regards politicians or civil servants acting in the exercise of their duties.

The Court did not share the Government's view that the content of the articles in question did not concern any matter of general interest. They had been published in the context of a labour dispute inside the company, to which the applicants had presented certain demands. The debate had therefore not been a purely private one; it had at least been a matter of general interest for the workers of the company. However, such a matter could not justify the use of offensive cartoons or expressions,

even in the context of labour relations. The remarks had not been instantaneous or ill-considered reactions in the context of a rapid and spontaneous oral exchange, but written allegations, displayed publicly on the company's premises. After a detailed balancing of the competing interests, with extensive reference to the Constitutional Court's case-law concerning the right to freedom of expression in labour relations, the domestic courts had endorsed the sanctions imposed by the employer, finding that the conduct in question had not directly fallen within the applicants' trade-union activity but offended against the principle of good faith in labour relations. The Court agreed with the domestic courts that in order to be fruitful, labour relations had to be based on mutual trust. While that requirement did not imply an absolute duty of loyalty towards the employer or a duty of discretion to the point of subjecting the worker to the employer's interests, certain manifestations of the right to freedom of expression that might be legitimate in other contexts were not legitimate in that of labour relations. An attack on the respectability of individuals by using grossly insulting or offensive expressions in the professional environment was, on account of its disruptive effects, a particularly serious form of misconduct capable of justifying harsh sanctions.

In the circumstances of the case, the applicants' dismissal had not been a manifestly disproportionate or excessive sanction requiring the State to afford redress by annulling it or replacing it with a more lenient measure.

*Conclusion:* no violation (twelve votes to five).

### **Case-law cited by the Court**

- Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31  
*Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, Series A no. 44  
*Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Series A no. 103  
*Ezelin v. France*, 26 April 1991, Series A no. 202  
*Vögt v. Germany*, 26 September 1995, Series A no. 323  
*Gustafsson v. Sweden*, 25 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II  
*De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, *Reports* 1997-I  
*Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, ECHR 1999-I  
*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III  
*Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, 29 February 2000  
*Özgür Gündem v. Turkey*, no. 23144/93, ECHR 2000-III  
*Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, ECHR 2001-I  
*Nikula v. Finland*, no. 31611/96, ECHR 2002-II  
*De Diego Nafria v. Spain*, no. 46833/99, 14 March 2002  
*Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, ECHR 2003-I  
*Skatka v. Poland*, no. 43425/98, 27 May 2003  
*Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, no. 53678/00, 2004-X  
*Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, ECHR 2004-XI  
*Boldea v. Romania*, no. 19997/02, 15 February 2007

*Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, ECHR 2007-XI

*Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, 3 February 2009

*Barraco v. France*, no. 31684/05, 5 March 2009

*Petrenco v. Moldova*, no. 20928/05, 30 March 2010

*Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain*, no. 34147/06, 21 September 2010

*Dink v. Turkey*, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, 14 September 2010

*Aleksey Petrov v. Bulgaria* (dec.), no. 27103/04, 2 November 2010

*MGN Limited v. the United Kingdom*, no. 39401/04, 18 January 2011



**In the case of Palomo Sánchez and Others v. Spain,**

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

Nicolas Bratza, *President*,  
Peer Lorenzen,  
Françoise Tulkens,  
Elisabeth Steiner,  
David Thór Björgvinsson,  
Danutė Jočienė,  
Ján Šikuta,  
Dragoljub Popović,  
Ineta Ziemele,  
Isabelle Berro-Lefèvre,  
Päivi Hirvelä,  
Luis López Guerra,  
Mirjana Lazarova Trajkovska,  
Ledi Bianku,  
Işıl Karakaş,  
Nebojša Vučinić,  
Kristina Pardalos, *judges*,

and Vincent Berger, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 8 December 2010 and on 29 June 2011,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in six applications (nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, 28389/06 and 28961/06) against the Kingdom of Spain lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by six Spanish nationals, Mr Juan Manuel Palomo Sánchez, Mr Francisco Antonio Fernández Olmo, Mr Agustín Alvarez Lecegui, Mr Francisco José María Blanco Balbas, Mr José Antonio Aguilera Jiménez and Mr Francisco Beltrán Lafulla (“the applicants”), on 13 July 2006.

2. The applicants were represented before the Court by Mr L. García Quinteiro, a lawyer practising in Barcelona. The Spanish Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr F. Irurzun Montoro, State Counsel.

3. In their applications, the applicants complained, among other things, that they had been dismissed by way of reprisal for belonging to a trade union and on account of its demands, on the pretext of allegedly offensive content in the union's newsletter. They relied on Articles 10 and 11 of the Convention.

4. The applications were allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 11 December 2008 the President of the Section decided to give notice of the applications to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the applications at the same time, as allowed by former Article 29 § 3 (now Article 29 § 1) of the Convention and Rule 54A.

5. On 17 November 2009 the Chamber, composed of Josep Casadevall, President, Elisabet Fura, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Luis López Guerra and Ann Power, judges, and Santiago Quesada, Section Registrar, decided, under Rule 42 § 1, to join the proceedings in the applications registered under nos. 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 and 28964/06. It declared admissible the applications (nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06) lodged by Mr Juan Manuel Palomo Sánchez, Mr Francisco Antonio Fernández Olmo, Mr Agustín Álvarez Lecegui and Mr Francisco José María Blanco Balbas ("the applicants") and inadmissible those (nos. 28389/06 and 28961/06) lodged by Mr José Antonio Aguilera Jiménez and Mr Francisco Beltrán Lafulla. On 8 December 2009 the Chamber delivered a judgment (*Aguilera Jiménez and Others v. Spain*) in which it held, by six votes to one, that there had been no violation of Article 10 of the Convention and that no separate question arose under Article 11 of the Convention.

6. On 7 March 2010 the applicants requested the referral of the cases to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73, arguing that there had been a violation of Articles 10 and 11. On 10 May 2010 the panel of the Grand Chamber granted that request.

7. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

8. The applicants and the Government filed memorials before the Grand Chamber.

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 8 December 2010 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr F. Irurzun Montoro, State Counsel,

*Agent;*

(b) *for the applicants*

Mr L. García Quinteiro, lawyer,

*Counsel.*

The Court heard addresses by them.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicants live in Barcelona.

11. They were employed as delivery men by the company P., against which they brought several sets of proceedings in employment tribunals. The applicants sought to secure recognition by the employer of their special “salaried worker” status, as confirmed by judgments of 2 May and 30 December 1995 of the High Court of Justice of Catalonia, in order to be covered by the corresponding social-security regime. Representatives of a committee of non-salaried delivery staff in the company P. had testified against them in those proceedings.

12. On 21 May 2001 the applicants set up the trade union Nueva Alternativa Asamblearia (NAA) to defend their interests and those of the other delivery staff who were under pressure from the company P. to renounce their claim to salaried status. The applicants joined the union’s executive committee. On 3 August 2001 the applicants informed the company P. of the setting-up of a branch of the trade union inside the company, of its composition, and of their appointment as members of the executive committee of that workplace branch. Mr Juan Manuel Palomo Sánchez was the trade-union representative, Mr Francisco Antonio Fernández Olmo the treasurer, Mr Agustín Álvarez Lecegui the press and communications officer and Mr Francisco José María Blanco Balbas the organisation officer. No changes concerning the appointment of the union members or their duties have taken place since the union was formed.

13. The trade union NAA published a monthly newsletter. The March 2002 [*sic*] issue reported on the judgment of 2 April 2002 of Barcelona Employment Tribunal no. 13, which had partly upheld the applicants’ claims, ordering the company P. to pay them certain sums in respect of salaries owed to them.

On the cover of the newsletter, a cartoon with speech bubbles showed a caricature of the human resources manager, G., sitting behind a desk under which a person on all fours could be seen from behind, together with, to one side, A. and B., also employees of the company P. and representatives of a committee of its non-salaried delivery workers, who were watching

the scene while waiting to take their turn to satisfy the manager. Inside the newsletter were two articles which vehemently denounced the fact that those two individuals had testified in favour of the company P. in proceedings that the applicants had brought against their employer. The newsletter was distributed among the workers and displayed on the noticeboard of the trade union NAA which was located on the company's premises.

14. On 3 June 2002 the company notified the applicants of their dismissal on grounds of serious misconduct, namely for impugning the reputations of G., A. and B., under Article 54 §§ 1 and 2 (c) of the Labour Regulations, which provide for the termination of a contract of employment where an employee is guilty of serious and negligent failure to perform his or her contractual obligations.

15. The applicants challenged that decision before Barcelona Employment Tribunal no. 17, which, in a judgment of 8 November 2002, dismissed their claims and found that the dismissals were justified, in accordance with Article 54 §§ 1 and 2 (c) of the Labour Regulations. The tribunal took the view that the company's decision to dismiss the applicants had been based on a genuine and serious cause, namely the publication and display on a noticeboard inside the company of a cartoon with speech bubbles and two articles which were offensive and impugned the dignity of the persons concerned. The first article, entitled "Whose witnesses? Theirs, of course", contained caricatures of A. and B., showing them gagged by a handkerchief tied behind their heads, and the text underneath read as follows:

"We knew who they were and how they behaved, but we didn't know how far they were prepared to go in order to hold onto their seats and cushy jobs without doing anything.

As employees of P. we earn our living by selling goods in the street. A. and B. earn theirs by selling the workers in the courts. Not content with doing this simply by signing agreements that go against the collective interest, they've now gone a step further – they rob and steal with total impunity, in broad daylight, with the confidence of men who feel totally untouchable. They play at being gods.

... but they, the chairman and secretary of the staff representatives, agreed, just like guard dogs, to roll over and frolic in return for a pat on the back by their master. ..."

The tribunal noted that the text was a response to what had happened during proceedings brought by the applicants before Barcelona Employment Tribunal no. 13, in which A. and B. had appeared as witnesses against the applicants' interests and in favour of their employer.

The article entitled "When you've rented out your arse you can't shit when you please", read as follows:

“If you belong to a works council and you have to sign agreements with your employers that will never be honoured, just to keep you quiet, and agree to changes that only benefit their cronies, and to pay cuts and other sell-outs, then you’ve swapped your dignity for an armchair, [and] you have the dubious merit of achieving the same level of infamy as politicians and policemen. You see, you shut up and you shrewdly agree to all sorts of shenanigans. When you’ve rented out your arse, you can’t shit when you please. If you’re a despicable ‘professional trade unionist’ and you’ve thus sold your soul to the union, you’ll never have a surge of sincerity, because your status would be threatened. You say what the union tells you to say, and as the unions are ‘condoms’ on freedom, your lips are sealed just like your anal sphincter, because you’ve rented out your arse and you can’t shit when you please.

You can see the injustices meted out on your colleagues, the totally irrational way of dealing with their problems and the constant persecution to which they are subjected, but say nothing, for fear of drawing attention to yourself. Once upon a time, in the old days, you were a rebel who criticised the system – you would curse conventionalism and rant against the rules and regulations. You were caustic, dynamic, cutting, impulsive, jovial. But a couple of favours received have gradually cooled your fiery temperament, stoked your self-esteem and put the dampers on your feelings. From time to time you have a pang of nostalgia and you would like to fart, but your sphincter is sealed, because you’ve rented out your arse and can’t shit when you please.

You’re fed up with your work, pissed off, anxious, stressed and in despair, because of the longer working hours and the responsibilities, products, promotions and pressures. You could work anywhere, do anything without having to get up at the time others go to bed. You could break everything up, tear it to pieces, crush and demolish it all ... but your hands are tied by credits, IOUs and debts. You are crushed by your new SUV, your children’s after-school activities, and the twenty-five year mortgage on your semi-detached house. And you let yourself be humiliated, you swallow your pride, you shut up and you accept, because when you’ve rented out your arse, you can’t shit when you please.”

The newsletter was distributed to staff and displayed on the trade union’s noticeboard on the company’s premises.

The employment tribunal observed at the outset that the cause of the dismissal was the content of the newsletter and not the applicants’ trade-union membership. It referred in its judgment to the exercise of the right to freedom of expression in the context of labour relations and to the fact that it was not unlimited. It found that the limits to this right had to be interpreted in accordance with the principle of good faith, which in labour relations had to involve respect for the interests of the employer and the minimum requirements of coexistence in a professional environment. The judgment reiterated the Constitutional Court’s case-law to the effect that the right to respect for freedom of expression was subject to limits derived from labour relations, since the contract of employment created a series of rights and reciprocal obligations that circumscribed the exercise of the right

to respect for freedom of expression. For that reason, certain manifestations of this right that might be legitimate in other contexts were not legitimate in the context of labour relations, even though the requirement to act in good faith did not always imply a duty of loyalty to the point of subjecting the worker to the employer's interests.

As to the newsletter's content, the tribunal took the view that the cartoon and speech bubbles on the cover, together with the articles inside, were offensive and exceeded the limits of freedom of expression and information, impugning the honour and dignity of the human resources manager and of delivery men A. and B., and damaging the image of the company P. Lastly, it noted that the dismissal could not be declared null and void, since it was based on serious misconduct as provided for by law, and found that the applicants' fundamental rights had not been breached.

16. The applicants appealed. In a judgment of 7 May 2003, the High Court of Justice of Catalonia upheld the judgment under appeal in so far as it concerned the applicants.

The court referred, among other things, to the limits imposed by the principle of good faith between parties to a contract of employment and to the necessary balance that judicial decisions had to strike between a worker's obligations under the contract and his freedom of expression. The balancing exercise had to enable it to be determined whether or not the reaction of the company that dismissed the employee was legitimate. For the court, the publication of the offending drawing and articles had clearly been harmful to the dignity of the persons concerned and had overstepped the limits of admissible criticism, as the exercise of freedom of expression did not justify the use of insulting, offensive or vexatious expressions that went beyond the legitimate exercise of the right to criticise and clearly impugned the respectability of the persons concerned. The company P. had, moreover, duly shown that the applicants' dismissal was not a measure of reprisal or punishment, but was based on a genuine, serious and sufficient cause for deciding to terminate their contracts of employment.

17. The applicants lodged an appeal on points of law, seeking harmonisation of the relevant case-law. In a decision of 11 March 2004, the Supreme Court dismissed their appeal on the ground that the decision produced for purposes of comparison, namely a judgment of the High Court of Justice of Madrid of 31 July 1992, was not pertinent.

18. Relying on Article 24 (right to a fair hearing) of the Spanish Constitution, and on Articles 20 and 28 taken together (freedom of expression and association), the applicants lodged an *amparo* appeal with the Constitutional Court. In a decision of 11 January 2006, served on

13 January 2006, the Constitutional Court found the appeal inadmissible for lack of constitutional content. The decision reads as follows:

“... Firstly ... there is not enough evidence to show that the [appellants’] dismissal was an act of reprisal on the part of the respondent company because of the judicial proceedings they had brought against it to assert their rights ... Secondly, as to the [alleged] interference with trade-union freedom guaranteed by Article 28 of the Constitution (this complaint incorporating the appellants’ complaint under Article 14 of the Constitution in so far as they alleged discrimination on trade-union grounds), this is inadmissible as [the appellants] have not provided sufficient evidence to show that the company’s action was intended to restrict, hamper or prevent the exercise of their right to freedom of association, on account of their union membership or activities in a trade union. In line with what this court has repeatedly said, such evidence does not consist of a mere allegation of a constitutional violation but must be sufficient for it to be inferred that the violation could have been constituted ... which is not the case here, since the circumstances alleged do not give rise to any suspicion as to the potential violation in question. In their allegations, the appellants have simply expressed their disagreement with the decisions rendered by the courts below, which found in decisions giving reasons and not being manifestly unreasonable that they had committed the acts of which the company had accused them in their letters of dismissal.

Thirdly, there has not been a breach of Article 28 § 1 of the Constitution taken together with Article 20 § 1 (a), in the form of an infringement of the appellants’ right to freedom of expression in the context of their union activity, since this fundamental right does not encompass any right to insult others. As the Court held recently in judgment no. 39/2005 of 28 February (legal ground 4), reiterating its case-law, although the Constitution does not prohibit the use of hurtful, embarrassing or vituperative expressions in every circumstance, the constitutional protection afforded by Article 20 § 1 (a) of the Constitution does not, however, extend to absolutely vexatious expressions which, taking into account the actual circumstances of the case and regardless of their veracity or lack of veracity, are offensive or defamatory and are not pertinent for the purpose of conveying the opinions or information in question. The application of that jurisprudence to the present case leads the Court to the conclusion that the appellants’ right to freedom of expression has not been infringed, since they used that right in an excessive manner by means of value judgments expressed through cartoons and comments that were offensive and humiliating for the persons concerned and impugned their honour and reputation. [Those cartoons and comments] were not necessary for others to form an opinion about the facts of which the appellants wished to complain, and were therefore gratuitous and not necessary for the exercise of freedom of expression in a trade-union context.”

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

19. The relevant provisions of the Spanish Constitution read as follows:

### **Article 20**

“1. The following rights shall be recognised and protected:

(a) the right freely to express and disseminate thoughts, ideas and opinions orally, in writing or by any other means of reproduction;

...

(d) the right to receive and communicate true information by any means of dissemination. ...

2. The exercise of these rights may not be restricted by any prior censorship.

...

4. These freedoms shall be limited by respect for the rights secured in this Part, by the provisions of the implementing Acts and in particular by the right to honour and to a private life and the right to control use of one’s likeness and to the protection of youth and children.”

### **Article 28**

“1. Everyone shall have the right to associate freely ... Freedom of association shall include the right to form trade unions or to join a trade union of one’s choosing, and the right for trade unions to establish confederations and to set up or join international trade-union organisations. No one shall be obliged to join a trade union.

...”

20. The relevant provisions of the Labour Regulations (approved by Royal Legislative Decree no. 1/1995 of 24 March 1995) read as follows:

#### **Article 54 – Dismissal on disciplinary grounds**

“1. The employer may decide to terminate a contract of employment by dismissing the employee for serious and negligent failure to perform his or her obligations.

2. Non-compliance with contractual obligations shall include:

...

(c) Verbal or physical attacks on the employer or persons working in the company, or members of their families living with them.”

### **Article 55**

“...

7. Justified dismissal shall entail the termination of the contract without any right of compensation ...”



### III. RELEVANT INTERNATIONAL INSTRUMENTS AND PRACTICE

#### A. The International Labour Organization

21. On 23 June 1971 the General Conference of the International Labour Organization (ILO) adopted Recommendation No. 143 concerning workers' representatives, point 15 of which reads as follows:

“1. Workers' representatives acting on behalf of a trade union should be authorised to post trade-union notices on the premises of the undertaking in a place or places agreed on with the management and to which the workers have easy access.

2. The management should permit workers' representatives acting on behalf of a trade union to distribute news sheets, pamphlets, publications and other documents of the union among the workers of the undertaking.

3. The union notices and documents referred to in this paragraph should relate to normal trade-union activities and their posting and distribution should not prejudice the orderly operation and tidiness of the undertaking.”

22. At its fifty-fourth session in June 1970, the International Labour Conference adopted a Resolution concerning trade-union rights and their relation to civil liberties. The Conference explicitly listed the fundamental rights essential for the exercise of freedom of association, in particular: (a) the right to freedom and security of person and freedom from arbitrary arrest and detention; (b) freedom of opinion and expression and in particular freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers; (c) freedom of assembly; (d) the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal; and (e) the right to protection of the property of trade unions.

23. In 1994 the ILO published a report entitled “Freedom of Association and Collective Bargaining: Trade-Union Rights and Civil Liberties”. The relevant passages of that report read as follows:

**“Part I. Freedom of association and protection of the right to organise**

Chapter II. Trade-union rights and civil liberties

*Introduction*

...

24. The Declaration of Philadelphia ... officially acknowledged the relationship between civil liberties and trade-union rights by proclaiming in Article I(b) that freedom of expression and of association are essential to sustained progress and referring in Article II(a) to the fundamental rights which are an inseparable part of human dignity. Since then, this relationship has been repeatedly affirmed and highlighted,

both by the ILO's supervisory bodies and in the Conventions, Recommendations and Resolutions adopted by the International Labour Conference.

...

27. The information available, in particular on the nature of the complaints submitted to the Committee on Freedom of Association, shows that the main difficulties encountered by trade-union organisations and their leaders and members relate to basic rights, in particular to the right to security of the person, freedom of assembly, freedom of opinion and expression, as well as the right to protection of trade-union property and premises. ...

...

*Freedom of opinion and expression*

38. Another essential aspect of trade-union rights is the right to express opinions through the press or otherwise. The full exercise of trade-union rights calls for a free flow of information, opinions and ideas, and workers, employers and their organisations should enjoy freedom of opinion and expression at their meetings, in their publications, and in the course of their other activities. In cases in which the issue of a trade-union publication is subject to the granting of a licence, mandatory licensing should not be subject to the mere discretion of licensing authorities, nor should it be used as a means of imposing prior restraint on the subject matter of publications; in addition any application for such a licence should be dealt with promptly. ... Measures of administrative control – for example, the withdrawal of a licence granted to a trade-union newspaper, the control of printing plants and equipment, or the control of paper supply – should be subject to prompt and independent judicial review.

39. An important aspect of freedom of expression is the freedom of speech of delegates of workers' and employers' organisations meetings, conferences and reunions, and in particular to the International Labour Conference. ...

...

*State of emergency*

...

43. The Committee considers that the guarantees set out in the international labour Conventions, in particular those relating to freedom of association, can only be effective if the civil and political rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights and other international instruments, notably the International Covenant on Civil and Political Rights, are genuinely recognised and protected. These intangible and universal principles, the importance of which the Committee wishes to emphasise particularly on the occasion of the 75th anniversary of the creation of the ILO and the 50th anniversary of the Declaration of Philadelphia, should constitute the common ideal to which all peoples and all nations aspire."

24. The fifth edition (revised) of *the Digest of Decisions and Principles of the Committee on Freedom of Association of the Governing Body of the*

*International Labour Office*, published in 2006, contains a summary of the principles formulated by that Committee in the context of individual or collective complaints concerning alleged violations of trade-union rights. The general principles concerning freedom of opinion and expression include the following:

“154. The full exercise of trade-union rights calls for a free flow of information, opinions and ideas, and to this end workers, employers and their organisations should enjoy freedom of opinion and expression at their meetings, in their publications and in the course of other trade-union activities. Nevertheless, in expressing their opinions, trade-union organisations should respect the limits of propriety and refrain from the use of insulting language. (See the 1996 *Digest*, para. 152; 304th Report, Case No. 1850, para. 210; 306th Report, Case No. 1885, para. 140; 309th Report, Case No. 1945, para. 67; 324th Report, Case No. 2014, para. 925; and 336th Report, Case No. 2340, para. 652.)

155. The right to express opinions through the press or otherwise is an essential aspect of trade-union rights. (See the 1996 *Digest*, para. 153; 299th Report, Case No. 1640/1646, para. 150; 302nd Report, Case No. 1817, para. 324; 324th Report, Case No. 2065, para. 131; 327th Report, Case No. 2147, para. 865; 328th Report, Case No. 1961, para. 42; 332nd Report, Case No. 2090, para. 354; and 333rd Report, Case No. 2272, para. 539.)

156. The right to express opinions without previous authorisation through the press is one of the essential elements of the rights of occupational organisations. (See the 1996 *Digest*, para. 154.)

157. The freedom of expression which should be enjoyed by trade unions and their leaders should also be guaranteed when they wish to criticise the government's economic and social policy. (See the 1996 *Digest*, para. 155.)

...

163. The prohibition of the placing of posters stating the point of view of a central trade-union organisation is an unacceptable restriction on trade-union activities. (See the 1996 *Digest*, para. 467.)

...

166. The publication and distribution of news and information of general or special interest to trade unions and their members constitutes a legitimate trade-union activity and the application of measures designed to control publication and means of information may involve serious interference by administrative authorities with this activity. In such cases, the exercise of administrative authority should be subject to judicial review at the earliest possible moment. (See the 1996 *Digest*, para. 161; 320th Report, Case No. 2031, para. 172; and 327th Report, Case No. 1787, para. 341.)

...

168. While the imposition of general censorship is primarily a matter that relates to civil liberties rather than to trade-union rights, the censorship of the press during an industrial dispute may have a direct effect on the conduct of the dispute and may prejudice the parties by not allowing the true facts surrounding the dispute to become known. (See the 1996 *Digest*, para. 163.)

169. When issuing their publications, trade-union organisations should have regard, in the interests of the development of the trade-union movement, to the principles enunciated by the International Labour Conference at its thirty-fifth session (1952) for the protection of the freedom and independence of the trade-union movement and the safeguarding of its fundamental task, which is to ensure the social and economic well-being of all workers. (See the 1996 *Digest*, para. 165.)

170. In a case in which a trade-union newspaper, in its allusions and accusations against the government, seemed to have exceeded the admissible limits of controversy, the Committee pointed out that trade-union publications should refrain from extravagance of language. The primary role of publications of this type should be to deal with matters essentially relating to the defence and furtherance of the interests of the unions' members in particular and with labour questions in general. The Committee, nevertheless, recognised that it is difficult to draw a clear distinction between what is political and what is strictly trade union in character. It pointed out that these two notions overlap, and it is inevitable and sometimes normal for trade-union publications to take a stand on questions having political aspects, as well as on strictly economic or social questions. (See the 1996 *Digest*, para. 166.)”

## **B. The Inter-American Court of Human Rights**

25. The American Convention on Human Rights has a special Additional Protocol concerning economic, social and cultural rights, the “Protocol of San Salvador”. Adopted and opened for signature on 17 November 1988, it entered into force on 16 November 1999. Article 8 of that Protocol, entitled “Trade-union rights” reads as follows:

“1. The States Parties shall ensure:

(a) The right of workers to organise trade unions and to join the union of their choice for the purpose of protecting and promoting their interests. As an extension of that right, the States Parties shall permit trade unions to establish national federations or confederations, or to affiliate with those that already exist, as well as to form international trade-union organisations and to affiliate with that of their choice. The States Parties shall also permit trade unions, federations and confederations to function freely;

(b) The right to strike.

2. The exercise of the rights set forth above may be subject only to restrictions established by law, provided that such restrictions are characteristic of a democratic society and necessary for safeguarding public order or for protecting public health

or morals or the rights and freedoms of others. Members of the armed forces and the police and of other essential public services shall be subject to limitations and restrictions established by law.

3. No one may be compelled to belong to a trade union.”

26. In its Advisory Opinion OC-5/85, the Inter-American Court of Human Rights emphasised the fundamental nature of freedom of expression for the existence of a democratic society, stressing among other things that freedom of expression was a *sine qua non* for the development of trade unions. It found as follows (paragraph 70 of the Opinion):

“Freedom of expression is a cornerstone upon which the very existence of a democratic society rests. It is indispensable for the formation of public opinion. It is also a *conditio sine qua non* for the development of political parties, trade unions, scientific and cultural societies and, in general, those who wish to influence the public. It represents, in short, the means that enable the community, when exercising its options, to be sufficiently informed. Consequently, it can be said that a society that is not well informed is not a society that is truly free.”

#### IV. ELEMENTS OF COMPARATIVE LAW

27. Comparative-law research has shown that the disciplinary powers of employers in the member States of the Council of Europe are very diverse. There is a convergence of legal systems among the thirty-five countries examined: they all provide for and organise employees’ freedom of expression and trade-union freedom, usually by means of norms of constitutional value, or, where that is not the case, by legislative regulations. Employees serving as representatives benefit from special protection to help them discharge their duties. The regulations in all countries, in order to reconcile the exercise of this right with the essential rights and freedoms of others, fix rules providing for penalties in cases of abuse of the right to freedom of expression. The powers vested in employers allow, if necessary, for the exercise of disciplinary action against an employee or staff member whose conduct can be characterised as improper exercise of his freedom of expression. The case-law in such matters is consistent and shows that there is a systematic examination of proportionality between the dismissal and the conduct on which it is based.

28. The domestic-law instruments provide for the punishment of any conduct by an employee that is capable of infringing the rights and freedoms of others.

The relevant rules may, firstly, be laid down by a Criminal Code, or by provisions concerning the possibility of bringing an action to establish

liability. In most cases, criminal notions such as defamation, damage to honour or reputation, or insults will enable the person claiming to be a victim of such infringement to bring proceedings to establish the liability of the person who made the comments at issue.

Rules in Labour Codes or norms applicable to public servants will also govern the exercise of freedom of expression of staff members, and if necessary provide for the punishment of any abuse. Similar limitations may be imposed on public officials, whether or not they have “civil servant” status.

29. Disciplinary authority is one of the essential prerogatives of the employer, whether private or public. In this connection, employers have a broad discretion to impose the sanction that they consider the best adapted to the accusations against the employee; the scale of possible sanctions encompasses the power to dismiss a person who has seriously compromised the interests of the company or the public service. In parallel, this power of dismissal is accompanied by a prohibition on dismissing employees on grounds relating to trade-union activity. A measure of dismissal may be based on misconduct or on a legitimate ground. In the first case, it relates to a given – identified – form of conduct. In the second, the conduct is considered in general terms.

30. The proportionality of a measure of dismissal in relation to the conduct of the employee concerned underlies all the legislation analysed.

31. The applicable law in the States examined shows that any abuse of the freedom of expression afforded to employees or public servants is always regarded as a reprehensible fact capable of justifying disciplinary measures that could go as far as dismissal. For that purpose, factual elements of an objective nature are taken into account, such as: (i) the seriousness of the misconduct; and (ii) the characterisation of the comments, the extent of their publication, and also certain subjective elements. The latter include the personal situation of the employee, any abuse of freedom of expression and the question whether the conduct falls outside “normal” trade-union activity.

32. In all the countries studied, the general rules are clear and allow the employee’s right to freedom of expression to be balanced against the rights and prerogatives of the employer. Their implementation is more problematic, since a restriction on a fundamental right can only be accepted if, having regard to the measure decided, it is proportionate to the aim pursued. Only through a case-by-case approach is it possible to grasp the substance of the jurisprudential solution adopted in each type of situation.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION READ IN THE LIGHT OF ARTICLE 11

33. The applicants, who are members of the executive committee of the trade union Nueva Alternativa Asamblearia (NAA), complained that they had been dismissed on account of the content of the union's newsletter of March 2002. They claimed that the company P. had not verified their individual level of participation and personal responsibility. They alleged that they had been dismissed by way of reprisal for the union's demands and that the allegedly offensive content of the newsletter had served as a pretext. They took the view that the cartoons and two articles in question had not overstepped the limits of admissible criticism under Article 10 of the Convention, because the impugned expressions had been used in a jocular spirit and not with any intent to insult.

The applicants relied on Articles 10 and 11 of the Convention, which read as follows:

#### **Article 10**

"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 ...

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 health or morals, for the protection of the reputation or rights of others ..."

#### **Article 11**

"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 ... for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. ..."

### **A. The Chamber judgment**

34. In its judgment of 8 December 2009, after reiterating that freedom of expression constituted one of the essential foundations of a democratic society, the Chamber indicated that such freedom was subject to exceptions, which had to be construed strictly; the necessity of any exception had to

be justified by a pressing social need. In the present case, the interference had been “prescribed by law” and pursued a legitimate aim, namely the protection of the reputation or rights of others. In order to ascertain whether that interference had been necessary in a democratic society, the Court had to refer to the particular context of the dispute, in which proceedings had been brought by the applicants against their employer in the employment courts. While taking the view that if a trade union was unable to express its ideas freely it would become meaningless and pointless, the Chamber noted in the present case that the Spanish courts had balanced the conflicting interests, in the light of domestic law, and had concluded that the applicants had transgressed the permissible limits of the right to criticise. The decisions given by the domestic courts could not therefore be regarded as unreasonable or arbitrary. Accordingly, the Chamber found that there had been no violation of Article 10 of the Convention. In addition, it took the view that no separate question arose under Article 11 of the Convention.

## **B. The parties’ submissions**

### *1. The applicants*

35. The applicants pointed out that their employer, the company P, had refused to recognise them as salaried workers and to calculate the corresponding social-security contributions, even though that status had been acknowledged by the courts. They took the view that the Chamber had failed to take sufficiently into consideration their trade union’s long and complex dispute with their employer and with an association of non-salaried delivery men created and supported by the company, to which the two witnesses mentioned in the union newsletter belonged.

36. The applicants submitted that from April 2001, after the workers belonging to the union NAA had refused to waive the rights recognised by the courts, the company P. had decided to punish them by way of a substantial pay cut. They thus took the view that the trade-union newsletter that gave rise to the present case had to be seen in its context, namely one of harassment and systematic pressure by the employer and the association of non-salaried workers that it had created, in order to prevent the proliferation of workers’ demands and to persuade them to waive their judicially recognised rights. The applicants alleged that the company P.’s head of human resources had tried to buy the services of certain trade-union members in order to persuade other delivery men to refrain from asserting their rights. The human resources manager had allegedly offered



them cash in return for those services, and the association of non-salaried delivery men, to which witnesses A. and B. belonged, had thus become the employer's accomplice. The final result was not only the dismissal without compensation of the applicants, the only salaried delivery men who had not waived their rights, but also the disbanding of the trade union. The applicants took the view that there had therefore been a violation of the freedoms enshrined in Articles 10 and 11 of the Convention.

37. The applicants argued that the cartoon on the cover of the trade-union newsletter, like the two impugned articles, was intended to be critical and to provide information about the salary demands before the employment tribunal and about the conduct of the members of the association of non-salaried delivery men. The use of a satirical drawing and expressions, which might have been regarded as crude or shocking, had in no way referred to the personal or private sphere of the persons in question, but to their role in the dispute at issue. There had been no personal attack in the burlesque and clearly ironical tone employed, inspired as it was by an *animus jocandi*, not an *animus iniurandi*.

38. The applicants pointed out that the articles and drawings were not signed and concerned a debate in exclusively employment and trade-union matters, conducted via the union's medium of communication. It was thus arbitrary to consider that its members had all been personally responsible for this publication, resulting in either disciplinary liability of a collective nature or a patently illegal action, requiring the dissolution of the trade union within the company by dismissing its founder members in breach of Article 11 of the Convention.

39. The applicants noted, lastly, that even if it were argued that the criticisms in the union newsletter had impugned the fundamental right of others to their honour and reputation, the imposition of a penalty such as dismissal went beyond the legitimate protection of that right and was disproportionate to the aim pursued.

## 2. *The Government*

### (a) **The facts**

40. The Government pointed out, in response to the applicants' claims in their request for referral to the Grand Chamber, that the "union trustees" criticised in the newsletter were not workers whom the employer had "released from the obligation to work" in exchange for "conduct favourable to the company" and stressed that they were not financed by the employer and that the granting of time off without loss of wages for representatives to

discharge their union duties was a statutory requirement (under Article 68 of the Labour Regulations).

**(b) Complaint under Article 10 of the Convention**

41. The Government accepted that interference with freedom of expression could also occur in the context of a relationship under private law; however, in that case there was no direct interference by the State with the applicants' freedom of expression but, potentially, a failure to discharge its positive obligations to protect that freedom.

42. The Government pointed out that the possibility of terminating a contract of employment in the event of attacks on the employer or workers was prescribed by law and pursued a legitimate aim: the protection of the reputation of others. The Spanish courts had considered that the applicants had gone beyond the limits inherent in the exercise of their freedom of expression, to the extent of damaging the reputation of the employer and of other workers. The comments had not been published in the media but in the confined environment of a company, and concerned individuals working there, namely the human resources manager and work colleagues, that is to say persons with no public duties. The extent of acceptable criticism when directed against a private individual was narrower than that directed against authorities or public institutions (contrast *Dink v. Turkey*, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, § 133, 14 September 2010). That context had aggravated the damage caused by the newsletter to the reputations of the persons concerned, since all its potential addressees knew the individuals who were criticised or caricatured.

43. The applicants had expressed themselves via a written medium (not in the context of a verbal and spontaneous exchange of opinions) with a general circulation inside the company, using the union newsletter and noticeboard. It was therefore a well thought-out act on the part of the applicants, who had been fully aware of the consequences of their actions and the manner in which the reputation of others could be harmed.

44. As regards the content of the applicants' comments, the Government argued that there had been no opinion or analysis dealing with matters of general interest (contrast *Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, 29 February 2000) but, as in *De Diego Nafría v. Spain* (no. 46833/99, 14 March 2002), the comments had been made in the context of a strictly professional dispute with the company for which the applicants worked. Moreover, they had not contributed to a debate on union policy or matters affecting all the workers in the company, but had been expressed in reaction to those who had testified against the applicants in judicial proceedings in which they had legitimately asserted their individual rights.

45. The Spanish courts had taken the view that any legitimate criticism the document may have contained had been expressed through coarse insults, pejoratively suggesting that the persons concerned had given “sexual favours” in return for another type of favour, and describing them as “thieves”. In *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* ([GC], nos. 21279/02 and 36448/02, ECHR 2007-IV), the Court had found that freedom of expression did not protect similar comments concerning a public figure in politics; this was all the more true where the comments concerned private individuals.

46. As regards the caricatures, the present case was materially different from that of *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* (no. 68354/01, 25 January 2007). Here, there was no formation of a democratic public opinion expressed through art, but remarks in the context of employer-employee relations.

47. The Government took the view, relying on *Constantinescu v. Romania* (no. 28871/95, §§ 72-75, ECHR 2000-VIII), that the existence of damage to the reputation of others, in the exercise by the applicants of their freedom of expression, could not be regarded as justified by their trade-union activity. The restrictions on freedom of expression under Article 10 § 2 were also applicable to union representatives.

48. The Government observed that the nature and severity of the punishment was also to be taken into account in assessing the proportionality of the interference under Article 10 of the Convention. In the *De Diego Nafria* judgment, cited above, the Court had considered that, even though a dismissal had serious consequences for the employment relationship of a worker who had overstepped the acceptable limits of criticism, in assessing the proportionality of the interference it was necessary to take into account all the circumstances of the particular case. In the present case, the Spanish courts had assessed the direct damage caused to the reputation of the persons mentioned in the union newsletter, through coarse and insulting comments and images. Even if the applicants’ opinions could be regarded as legitimate, they had been expressed in a gratuitously offensive manner, being in written form and deliberate.

49. The Government therefore concluded that the interference in question had been justified by the pursuit of a legitimate aim that was proportionate to that aim.

### (c) Complaint under Article 11 of the Convention

50. In the Government’s submission, this complaint lacked separate substance and had to be examined jointly with the Article 10 complaint. In reality, the applicants seemed to be arguing that the expressions which had

led to the termination of their contracts of employment had to be assessed in the context of their union activities. The right to form or join a trade union had not, however, been affected by the employer's decision, confirmed by the courts; what had to be examined in this case was the extent of or limits to union representatives' freedom of expression.

51. The freedom recognised in Article 11 of the Convention imposed positive obligations of protection on the State, including those relating to the possibility of expressing personal opinions. However, a breach of those positive obligations would exist only where freedom of association was affected (see, in particular, *Gustafsson v. Sweden*, 25 April 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II). The applicants had not proved that the purpose of the dismissal decision had been to take reprisals against a particular trade union as opposed to others. The offending newsletter had simply criticised the testimony of certain union representatives in disputes that had affected the applicants individually, and had compared that testimony to sexual favours or theft. There had thus been no violation of the right to freedom of association but there was an issue concerning the extent of and limits to union representatives' freedom of expression that had to be examined only under Article 10 of the Convention.

### **C. The Court's assessment**

#### *1. Provision applicable to the present case*

52. The Court notes from the outset that the facts of the present case are such that the question of freedom of expression is closely related to that of freedom of association in a trade-union context. It reiterates in this connection that the protection of personal opinions, as secured by Article 10, is one of the objectives of freedom of assembly and association as enshrined in Article 11 (see *Ezelin v. France*, 26 April 1991, § 37, Series A no. 202, and *Barraco v. France*, no. 31684/05, § 27, 5 March 2009). The parties have, moreover, submitted arguments in respect of both of those provisions.

It should be noted, however, that the applicants' complaint mainly concerns their dismissal for having, as members of the executive committee of a trade union, published and displayed the articles and cartoons in question. In addition, the domestic courts did not find it established that the applicants had been dismissed as a result of belonging to that trade union. The courts referred to the exercise of the right to freedom of expression in the context of labour relations and noted that this right was not unlimited, on account of the specific features of labour relations that had to be taken

into consideration. Furthermore, the High Court of Justice of Catalonia found that the dismissal of two other salaried delivery men had been in breach of Article 54 §§ 1 and 2 (c) of the Labour Regulations, because they had been on sick leave at the time of the publication and distribution of the newsletter in question. This meant that they could not be regarded as having participated in the publication and distribution of the newsletter, or therefore, as being jointly liable for the damage caused thereby to the dignity of the persons concerned. Barcelona Employment Tribunal no. 17 incidentally took note of the fact that they were still members of the trade union in question (see paragraph 15 above). This confirms that the applicants' trade-union membership did not play a decisive role in their dismissal.

The Court therefore finds it more appropriate to examine the facts under Article 10, which will nevertheless be interpreted in the light of Article 11 (see *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, § 28, 3 February 2009).

2. *Compliance with Article 10 of the Convention read in the light of Article 11*

(a) **General principles in matters of freedom of expression**

53. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly (see, among other authorities, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July*, cited above). Moreover, Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed (see *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24 February 1997, § 48, *Reports* 1997-I).

54. Account must nevertheless be taken of the need to strike the right balance between the various interests involved. Because of their direct, continuous contact with the realities of the country, a State's courts are in a better position than an international court to determine how, at a given time, the right balance can be struck. For this reason, in matters under Article 10 of the Convention, the Contracting States have a certain margin

of appreciation in assessing the necessity and scope of any interference in the freedom of expression protected by that Article (see *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 60, ECHR 2001-I, and *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 68, ECHR 2004-XI), in particular when a balance has to be struck between conflicting private interests.

55. However, that margin goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court (see, *mutatis mutandis*, *Peck v. the United Kingdom*, no. 44647/98, § 77, ECHR 2003-I, and *Karhuvaara and Iltalehti v. Finland*, no. 53678/00, § 38, ECHR 2004-X). The Court's task in exercising its supervisory function is not to take the place of the national authorities but rather to review, in the light of the case as a whole, whether the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation can be reconciled with the Convention provisions relied upon (see *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 60, ECHR 1999-III; *Petrenco v. Moldova*, no. 20928/05, § 54, 30 March 2010; *Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain*, no. 34147/06, § 41, 21 September 2010; and *Aleksey Petrov v. Bulgaria* (dec.), no. 27103/04, 2 November 2010).

56. The Court takes the view that the members of a trade union must be able to express to their employer the demands by which they seek to improve the situation of workers in their company. In this respect, the Court notes that the Inter-American Court of Human Rights, in its Advisory Opinion OC-5/85, emphasised that freedom of expression was “a *conditio sine qua non* for the development of ... trade unions” (see paragraph 26 above; see also paragraph 24 above and in particular point 155 cited therein). A trade union that does not have the possibility of expressing its ideas freely in this connection would indeed be deprived of an essential means of action. Consequently, for the purpose of guaranteeing the meaningful and effective nature of trade-union rights, the national authorities must ensure that disproportionate penalties do not dissuade trade-union representatives from seeking to express and defend their members' interests. Trade-union expression may take the form of news sheets, pamphlets, publications and other documents of the trade union whose distribution by workers' representatives acting on behalf of a trade union must therefore be authorised by the management, as stated by the General Conference of the International Labour Organization in its Recommendation No. 143 of 23 June 1971 (see paragraph 21 above).

57. In the present case, the Spanish courts were required to balance the applicants' right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention, against the right to honour and dignity of Mr G., Mr A. and Mr B. (see paragraphs 15-18 above) in the context of an employment

relationship. Article 10 of the Convention does not guarantee an unlimited freedom of expression and the protection of the reputation or rights of others – in the present case the reputation of the persons targeted in the drawings and texts at issue – constitutes a legitimate aim permitting a restriction of that freedom of expression. If the reasoning of the domestic courts' decisions concerning the limits of freedom of expression in cases involving a person's reputation is sufficient and consistent with the criteria established by the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see *MGN Limited v. the United Kingdom*, no. 39401/04, §§ 150 and 155, 18 January 2011).

**(b) Positive obligations of the respondent State under Article 10 of the Convention read in the light of Article 11**

58. The Court observes that, under Article 1 of the Convention, the Contracting Parties “shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”. As the Court found in *Marckx v. Belgium* (13 June 1979, § 31, Series A no. 31; see also *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 49, Series A no. 44), in addition to the primarily negative undertaking of a State to abstain from interference in the rights guaranteed by the Convention, “there may be positive obligations inherent” in those rights.

59. This is also the case for freedom of expression, of which the genuine and effective exercise does not depend merely on the State's duty not to interfere, but may require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals. In certain cases, the State has a positive obligation to protect the right to freedom of expression, even against interference by private persons (see *Fuentes Bobo*, cited above, § 38; *Özgür Gündem v. Turkey*, no. 23144/93, §§ 42-46, ECHR 2000-III; and *Dink*, cited above, § 106).

60. In the present case, the measure complained of by the applicants, namely their dismissal, was not taken by a State authority but by a private company. Following the publication of the trade-union newsletter of March 2002 and the expressions contained therein, the disciplinary measure of dismissal for serious misconduct was taken against the applicants by their employer (see paragraph 14 above) and confirmed by the domestic courts. The applicants' dismissal was not the result of direct intervention by the national authorities. The responsibility of the authorities would nevertheless be engaged if the facts complained of stemmed from a failure on their part to secure to the applicants the enjoyment of the right enshrined in Article 10 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Gustafsson*, cited above, § 45).

61. In those circumstances, the Court finds that it is appropriate to examine the present applications in terms of the positive obligations of the respondent State under Article 10 of the Convention read in the light of Article 11. The Court will therefore ascertain whether, in the present case, the Spanish judicial authorities, in dismissing the applicants' claims, adequately secured their right to freedom of expression in the context of labour relations.

62. While the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Karhuvaara and Iltalehti*, cited above, § 42).

**(c) Application of those principles to the present case**

63. As the Court noted above (see paragraph 61), the principal question in the present case is whether the respondent State was required to guarantee respect for the applicants' freedom of expression by annulling their dismissal. The Court's task is therefore to determine whether, in the light of the case as a whole, the sanction imposed on the applicants was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons given by the national authorities to justify it were "relevant and sufficient" (see *Fuentes Bobo*, cited above, § 44).

*(i) Whether the applicants' comments could be regarded as harmful to the reputation of others*

64. The Court observes that the domestic courts examined whether the fundamental rights relied upon by the applicants had been breached; if there had been a breach, their dismissals would have been declared null and void. The courts observed that there had been no interference with the right to trade-union freedom, since the dismissals had been the result of the actual content of the offending newsletter and not the applicants' membership of the trade union NAA.

65. Moreover, the domestic courts referred to the exercise of the right to freedom of expression in the context of labour relations and noted that this right was not unlimited; the specific features of labour relations had to be taken into account. Barcelona Employment Tribunal no. 17 thus found that the cartoon and speech bubbles on the cover of the union newsletter, together with the articles inside it, were offensive and impugned the respectability of the persons concerned, as they overstepped the limits of



freedom of expression and information, damaging the honour and dignity of the human resources manager and two workers, and tarnishing the image of the company P. (see paragraph 15 above).

66. To arrive at that conclusion, Barcelona Employment Tribunal no. 17 carried out a detailed analysis of the facts in dispute and, in particular, the context in which the applicants had published the newsletter. The Court does not see any reason to call into question the findings thus made by the domestic courts to the effect that the drawing and two articles in question were offensive and capable of harming the reputation of others.

67. In this connection, it should be noted that the applicants expressed themselves through a cartoon showing the human resources manager, G., sitting behind a desk under which a person on all fours could be seen from behind, together with A. and B., workers' representatives, who were watching the scene while waiting to take their turn to satisfy the manager. The accompanying speech bubbles were sufficiently explicit. As to the two articles (see paragraph 15 above), they contained explicit accusations of "infamy" against A. and B., denouncing them for "selling" the other workers and for forfeiting their dignity in order to keep their posts. The accusations were expressed in vexatious and injurious terms for the persons concerned. The Court reiterates that a clear distinction must be made between criticism and insult and that the latter may, in principle, justify sanctions (see, *mutatis mutandis*, *Skalka v. Poland*, no. 43425/98, § 34, 27 May 2003). The Court further refers to the general principles concerning freedom of opinion and expression in the fifth edition (revised) of the *Digest of Decisions and Principles of the Committee on Freedom of Association of the Governing Body of the International Labour Office*, and in particular point 154 according to which "in expressing their opinions, trade-union organisations should respect the limits of propriety and refrain from the use of insulting language" (see paragraph 24 above).

68. In the light of the foregoing, the Court takes the view that the grounds given by the domestic courts were consistent with the legitimate aim of protecting the reputation of the individuals targeted by the cartoon and texts in question, and that the courts' conclusion that the applicants had overstepped the limits of admissible criticism in labour relations cannot be regarded as unfounded or devoid of a reasonable basis in fact.

(ii) *Whether the sanction of dismissal was proportionate to the degree of seriousness of the impugned remarks*

69. It remains to be ascertained whether the sanction imposed on the applicants by their employer, namely their dismissal, was proportionate in relation to the circumstances of the case.

70. In addressing this question, the Court will take particular account of the wording used in the cartoon and articles in question and of the professional context in which they appeared.

71. The Court first notes that the impugned remarks were expressed in a particular context. Proceedings had been brought in the employment tribunals by the applicants, members of a trade union, against their employer. In those proceedings, the non-salaried delivery men, A. and B., had testified in favour of the company P. and therefore against the applicants (see paragraph 11 above). The cartoon and articles were thus published in the newsletter of the trade-union workplace branch to which the applicants belonged, in the context of a dispute between the applicants and the company P. Nevertheless, they did contain criticism and accusations, not directly against the company but against the two non-salaried delivery men and the human resources manager. The Court reiterates in this connection that the extent of acceptable criticism is narrower as regards private individuals than as regards politicians or civil servants acting in the exercise of their duties (contrast *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 42, Series A no. 103, and *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 48, ECHR 2002-II).

72. The Court does not share the Government's view that the content of the impugned articles did not concern any matter of general interest (see paragraph 44 above). The publication at issue took place in the context of a labour dispute inside the company to which the applicants had presented certain demands. The primary role of publications of this type "should be to deal with matters essentially relating to the defence and furtherance of the interests of the unions' members in particular and with labour questions in general" (see paragraph 24 above, in particular point 170 of the International Labour Office *Digest* cited therein). The debate was therefore not a purely private one; it was at least a matter of general interest for the workers of the company P. (see, *mutatis mutandis*, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no. 29183/95, § 50, ECHR 1999-I, and *Boldea v. Romania*, no. 19997/02, § 57, 15 February 2007).

73. That being said, the existence of such a matter cannot justify the use of offensive cartoons or expressions, even in the context of labour relations (see paragraph 24 above, point 154 of the *Digest* cited therein). Moreover, the remarks did not constitute an instantaneous and ill-considered reaction, in the context of a rapid and spontaneous oral exchange, as is the case with verbal exaggeration. On the contrary, they were written assertions, published in a quite lucid manner and displayed publicly on the premises of the company P. (compare *De Diego Nafria*, cited above, § 41).

74. The domestic courts took all these factors into account in dealing with the action brought by the applicants. They carried out an in-depth

examination of the circumstances of the case and a detailed balancing of the competing interests at stake, taking into account the limits of the right to freedom of expression and the reciprocal rights and obligations specific to employment contracts and the professional environment. They endorsed the penalties imposed by the employer, finding that they were not disproportionate to the legitimate aim pursued, namely the protection of the reputation of Mr G., Mr A. and Mr B. in such a context. They further found that the conduct in question had not directly fallen within the applicants' trade-union activity but had, on the contrary, offended against the principle of good faith in labour relations and had fallen short of the minimum requirements for coexistence in a professional environment (see paragraph 15 above). Lastly, the courts made extensive reference in the present case to the Constitutional Court's case-law concerning the right to freedom of expression in labour relations and establishing that it was not unlimited. In the Court's opinion, the conclusions reached by the domestic courts cannot be regarded as unreasonable. In this connection, it notes that, in addition to being insulting, the cartoon and texts in issue were intended more as an attack on colleagues for testifying before the courts than as a means of promoting trade-union action *vis-à-vis* the employer.

75. Moreover, an examination of the comparative-law material available to the Court reveals that employers generally enjoy broad discretion in determining the sanction that is best adapted to accusations against an employee; the scale of possible sanctions encompasses the power to dismiss a person who has seriously compromised the interests of the company. In the countries examined, the domestic legislation seeks to reconcile the employee's right to freedom of expression with the employer's rights and prerogatives, requiring in particular that a dismissal measure be proportionate to the conduct of the employee against whom it is taken (see paragraphs 27 and 30-31 above). The homogeneity of European legal systems in this area is a relevant factor in balancing the various rights and interests at stake in the present case.

76. The Court observes that, in order to be fruitful, labour relations must be based on mutual trust. As the employment tribunal rightly found, even if the requirement to act in good faith in the context of an employment contract does not imply an absolute duty of loyalty towards the employer or a duty of discretion to the point of subjecting the worker to the employer's interests, certain manifestations of the right to freedom of expression that may be legitimate in other contexts are not legitimate in that of labour relations (see, *mutatis mutandis*, *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, §§ 51 and 59, Series A no. 323). Moreover, an attack on the respectability of individuals by using grossly insulting or offensive expressions in the

professional environment is, on account of its disruptive effects, a particularly serious form of misconduct capable of justifying severe sanctions.

77. This leads the Court to find that, in the particular circumstances of the present case, the measure of dismissal taken against the applicants was not a manifestly disproportionate or excessive sanction capable of requiring the State to afford redress by annulling it or by replacing it with a more lenient measure.

*(iii) Conclusion*

78. In those circumstances, the Court finds that the respondent State has not failed to fulfil its obligations in respect of the applicants under Article 10 of the Convention read in the light of Article 11.

79. Accordingly, there has been no violation of Article 10 of the Convention read in the light of Article 11.

FOR THESE REASONS, THE COURT

*Holds* by twelve votes to five that there has been no violation of Article 10 of the Convention read in the light of Article 11.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 12 September 2011.

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 separate opinion of Judges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović and Vučinić is annexed to this judgment.

N.B.

V.B.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES TULKENS,  
DAVÍD THÓR BJÖRGVINSSON, JOČIENĚ, POPOVIĆ AND  
VUČINIĆ

*(Translation)*

1. We do not share the majority's decision to the effect that there has not been, in the present case, a violation of Article 10 of the Convention read in the light of Article 11. Through the specific circumstances of this case, some major questions of principle are raised in terms of the substance and extent of freedom of expression in the context of labour relations and the freedom of expression of trade unions.

2. We will first briefly summarise the facts, as they are important for an understanding of the scope and significance of the issues.

The applicants were employed as delivery men for an industrial bakery company. They had brought proceedings against that company before employment tribunals seeking recognition of their status as salaried workers (rather than as self-employed or non-salaried delivery workers), in order to be covered by the corresponding social-security regime. Representatives of a committee of non-salaried delivery men in the company had testified against the applicants in those proceedings. In 2001 the applicants set up the trade union Nueva Alternativa Asamblearia (NAA) to defend their interests and those of the other delivery staff who were under pressure from the company to renounce their claim to salaried status, which had been acknowledged by the employment tribunals. The applicants were not trade-union representatives, in view of the fact that at the time of the dismissals there had not been any elections in the company since 1991, but they were on the executive committee of the trade union NAA and the first applicant was a trade-union officer.

The March 2002 issue of the trade union's newsletter reported on a judgment given in April 2002 by Barcelona Employment Tribunal no. 13, which had upheld the applicants' claims, ordering the company to pay them certain sums in respect of salaries owed to them. The cover of the newsletter showed a satirical caricature of the company's human resources manager receiving sexual gratification in return for favours granted to certain workers. The newsletter contained two articles that virulently criticised two individuals who worked for the same company but represented a committee of non-salaried workers, accusing them of "selling" the other workers and ... forfeiting their dignity in order to keep their posts".

On 3 June 2002 the applicants were summarily dismissed on grounds of serious misconduct, namely for impugning the reputations of the

individuals in question, under Article 54 § 1 of the Labour Regulations, which provided for the termination of a contract of employment where an employee was guilty of serious and negligent failure to perform his or her contractual obligations. Under Article 54 § 2 (c), serious misconduct was constituted by “[v]erbal or physical attacks on the employer or persons working in the company, or members of their families living with them”. Their trade union NAA was also disbanded.

3. The Court rightly observes from the outset that “the facts of the present case are such that the question of freedom of expression is closely related to that of freedom of association in a trade-union context” (see paragraph 52 of the judgment). However, it subsequently follows a different course and brushes aside, somewhat artificially, the *trade-union dimension* of the case. It endorses the position of the domestic courts, which “did not find it established that the applicants had been dismissed as a result of belonging to that trade union” and confirms, albeit with a slight nuance, “that the applicants’ trade-union membership did not play a decisive role in their dismissal” (ibid.).

4. The Court thus chooses to examine the case mainly from the angle of Article 10 of the Convention, even though it explains that this provision will be interpreted in the light of Article 11<sup>1</sup>. However, the approach thus announced proves in practice to be illusory, or even theoretical. Both in assessing the facts and in balancing the interests at stake, the majority give scant consideration to the fact that the applicants were members of a trade union, or that they were expressing professional and employment-related claims. In addition, the dispute in question lay at the very heart of a debate concerning trade-union freedom, since the dispute was not only between a trade union and an employer, but also between two trade unions.

5. The right to trade-union freedom cannot be dissociated from the right to freedom of expression and information. Moreover, in turn, trade-union freedom of expression is unanimously regarded as an essential and indispensable aspect of the right of association, it being a prerequisite to the fulfilment of the goals of associations and trade unions, as is quite clear from the documents of the International Labour Organization and the case-law of the Inter-American Court of Human Rights cited by the Grand Chamber as relevant material (see paragraphs 21 et seq. of the judgment). As

---

1. There is no doubt that the two freedoms guaranteed respectively by Articles 10 and 11 of the Convention are closely linked. It would seem, however, that the Court still lacks consistency in the way it deals with cases in which both provisions are invoked. It can be seen from its case-law that the Court has examined most of these cases from the angle of Article 11, a provision characterised as *lex specialis* in relation to Article 10, the *lex generalis*; it has nevertheless also examined cases similar to the present one from the angle of Article 10 alone.

Mr O’Boyle has commented, “freedom of speech can be seen as the oxygen which gives associative rights their vitality”<sup>1</sup>. We share the view that “since trade unions play an important role, in that they express and defend ideas of public interest in professional and employment-related matters, their freedom to put forward opinions warrants a high degree of protection”<sup>2</sup>.

6. While it is not submitted that the cause of the dismissals lay in the applicants’ trade-union membership, there is no doubt that the cartoon and impugned articles in the union newsletter had a trade-union connotation and thus had to be assessed in the light of the ongoing industrial dispute in the company and the context in which they had been published.

7. Admittedly, there has not yet been any specific Convention case-law associating trade-union freedom, in terms of “a right, in order to protect [its members’] interests, that the trade union should be heard”<sup>3</sup>, with freedom of expression. We believe, however, that the case-law applicable to freedom of expression in a media context may be applied, *mutatis mutandis*, and with all the necessary precautions, to cases like the present one. A function similar to the “watchdog” role of the press is performed by a trade union, which acts on behalf of the company’s workers to protect their occupational and employment-related interests. In the *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia* judgment of 27 May 2004 (no. 57829/00), the Court extended to environmental protection groups the privileged status afforded to the press. This was also the case for associations in the *Mamère v. France* judgment of 7 November 2006 (no. 12697/03, ECHR 2006-XIII).

8. That being said, it is obvious that freedom of expression in general, like that of trade unions in particular, is not unlimited and is subject to the same limitations and restrictions as are necessary in a democratic society.

9. In the light of Article 10 of the Convention, the case must be examined in terms of the positive obligations that may have to be fulfilled by the respondent State in order to secure to the applicants the enjoyment of their right to freedom of expression, as the measure disputed by the applicants, namely their dismissal, was not taken by a governmental authority but by a private company. The question is whether the disciplinary sanction imposed on the applicants, namely dismissal for serious misconduct, leading to the immediate and final loss of their jobs, met a “compelling social need” and was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons

1. M. O’Boyle, “Right to Speak and Associate under Strasbourg Case-Law with Reference to Eastern and Central Europe”, *Conn. J. Int’l L.*, vol. 8, 1993, p. 282.

2. J.-P. Marguénaud and J. Mouly, “La liberté d’expression syndicale, parent pauvre de la démocratie”, *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1456. See also D. Voorhoof and J. Englebort, “La liberté d’expression syndicale mise à mal par la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev. trim. dr. h.*, no. 83, 2010, p. 743.

3. See the judgment in *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, § 39, Series A no. 19.

given by the domestic authorities to justify it were “relevant and sufficient”. We do not believe so, although we acknowledge, as the legitimate aim, the need to protect the reputation or rights of others.

10. In balancing the right to freedom of expression with the right to honour and reputation of the individuals concerned, the Court uses, in their entirety and almost word for word, the findings of the domestic courts, which, without taking Article 10 of the Convention into account, took the view that the cartoon and articles in question were offensive and impugned the respectability of the individuals and company concerned (see paragraph 65 of the judgment). At no point does the Court examine *in concreto* whether the cartoon and articles overstepped the bounds of remarks that “shock, offend and disturb” and that are protected by Article 10 of the Convention as an expression of pluralism, tolerance and broadmindedness, without which there is no democratic society. It is precisely when ideas shock and offend that freedom of expression is most precious<sup>1</sup>.

11. As regards the cartoon on the newsletter’s cover, it is a *caricature*, which, while being vulgar and tasteless in nature, should be taken for what it is – a satirical representation. In other cases, the Court has recognised the satirical nature of an expression, publication or caricature<sup>2</sup>. In refusing to take that nature into account in the present case, the judgment gives the curious impression of placing trade-union freedom of expression at a lower level than that of artistic freedom and of treating it more restrictively<sup>3</sup>.

12. Moreover, as to the *content* of the impugned texts, which are unquestionably crude and vulgar, it must be assessed in relation to the ongoing industrial dispute in the company. The harsh criticism did not relate to the intimacy of the individuals or to other rights pertaining to their private lives. It was directed exclusively at the role of certain colleagues in the industrial dispute and their professional attitude in the legal debate over the recognition of rights afforded by law to workers. It was in fact mainly for the promotion and protection of those rights that the trade union had been created. In this connection, we do not find that the criticism was

1. See the judgment in *Women On Waves and Others v. Portugal*, no. 31276/05, § 42, 3 February 2009.

2. See the following judgments: *Sokolowski v. Poland*, no. 75955/01, 29 March 2005; *Ukrainian Media Group v. Ukraine*, no. 72713/01, 29 March 2005; *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags m.b.H. (no. 3) v. Austria*, nos. 66298/01 and 15653/02, 13 December 2005; *Alimak v. Turkey*, no. 34520/97, 4 May 2006; *Klein v. Slovakia*, no. 72208/01, 31 October 2006; *Nikowitz and Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, no. 5266/03, 22 February 2007; *als Diena and Ozoliņš v. Latvia*, no. 16657/03, 12 July 2007; *Cihan Öztürk v. Turkey*, no. 17095/03, 9 June 2009; *Bodrožić and Vujan v. Serbia*, no. 38435/05, 23 June 2009; *Kuliš and Różycki v. Poland*, no. 27209/03, 6 October 2009; and *Alves Da Silva v. Portugal*, no. 41665/07, 20 October 2009. See also *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, 19 December 1994, Series A no. 302.

3. J.-P. Marguénaud and J. Mouly, op. cit.



such as to cause prejudice “to personal enjoyment of the right to respect for private life” (see *A. v. Norway*, no. 28070/06, § 64, 9 April 2009). It is also noteworthy that there is no information in the file to suggest that the individuals concerned by the applicants’ offending remarks brought any legal proceedings for libel or insults against the applicants, unlike the situation in *Fuentes Bobo v. Spain*<sup>1</sup>.

The newsletter’s cover thus referred to the fact that certain representatives of the association had testified in favour of the company and that, in exchange, they had received favours. The impugned article entitled “Whose witnesses? Theirs, of course” addressed the same question, admittedly in ironic and excessive terms, alleging that the witnesses had failed in their duty to defend the interests of persons such as the members of the professional association of which they themselves were representatives.

13. In paragraph 74 of the judgment, to support its assessment, the Court notes that “in addition to being insulting, the cartoon and texts in issue were intended more as an attack on colleagues for testifying before the courts than as a means of promoting trade-union action *vis-à-vis* the employer”. Once again, the Court dissociates the impugned texts from their context, as the trade-union action had precisely been triggered by the testimony in court of members of the other committee (see paragraph 2 above). Moreover, such an assertion – and it is questionable whether this actually falls within the Court’s remit – amounts to speculation and reveals a certain ignorance, or even suspicion, of trade-union action.

14. Like the Chamber, the Grand Chamber stresses the fact that the offending caricatures and articles “did not constitute an instantaneous and ill-considered reaction, in the context of a rapid and spontaneous oral exchange, as is the case with verbal exaggeration. On the contrary, they were written assertions, published in a quite lucid manner and displayed publicly on the premises of the company P”. (see paragraph 73 of the judgment). This assessment then in fact allows the Court to distinguish the present case from its judgment in *Fuentes Bobo* (cited above), which concerned verbal remarks made during live radio broadcasts, without any possibility for the applicants to reformulate, rectify or even withdraw them before they were made public<sup>2</sup>. The somewhat artificial nature of this distinction, precisely in the context of labour relations, may give reason to fear that the present judgment constitutes a step backwards in relation to the *Fuentes Bobo* judgment, concerning the dismissal of a journalist on account of harsh criticism during a radio programme, where the Court found that there

1. See *Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, § 48, 29 February 2000.

2. *Ibid.*, § 46.

had been a violation of Article 10 of the Convention in the context of an industrial dispute.

15. As to the *seriousness of the sanction*, the applicants received the maximum penalty provided for by the Labour Regulations, namely the final termination of their contracts of employment, without a notice period or any warning or compensation. This is undoubtedly the harshest possible sanction that can be imposed on workers, whereas other more lenient and more appropriate disciplinary sanctions could or should have been envisaged, as the Court recognised in the *Fuentes Bobo* judgment<sup>1</sup>.

16. It should also be noted that the applicants were dismissed for serious and negligent failure to perform their contractual obligations, even though “offences” committed in written form are not expressly mentioned in Article 54 § 2 of the Labour Regulations, which refers only to “[v]erbal or physical attacks on the employer or persons working in the company” among the situations that may constitute non-performance of a contract. In any event, the sanction imposed depended on the conduct in question being characterised by the employer as “serious” and then on the employer’s wish to terminate the applicants’ contracts, since Article 54 § 1 of the Labour Regulations did not render dismissal mandatory for that kind of situation but only provided for it as a possibility.

17. The imposition of such a harsh sanction on trade-union members, who were acting in their own names but also to defend the interests of other workers, is likely to have, generally speaking, a “chilling effect” on the conduct of trade unionists and to encroach directly upon the *raison d’être* of a trade union<sup>2</sup>. In this connection, it is noteworthy that the mere threat of dismissal, involving loss of livelihood, has been described in the Court’s case-law as a very serious form of compulsion striking at the very substance of the freedom of association guaranteed by Article 11 (see *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 55, Series A no. 44).

18. Lastly, the majority boldly assert that certain manifestations of the right to freedom of expression that may be legitimate in other contexts are not legitimate in that of labour relations. They continue as follows: “Moreover, an attack on the respectability of individuals by using grossly insulting or offensive expressions in the professional environment is, on account of its disruptive effects, a particularly serious form of misconduct

---

1. *Ibid.*, §§ 49-50.

2. On the patently dissuasive effect that the fear of sanctions entails for the exercise by journalists of their freedom of expression, see, *mutatis mutandis*, *Wille v. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 54, ECHR 2002-II; *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 39, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II; and *Elçi and Others v. Turkey*, nos. 23145/93 and 25091/94, § 714, 13 November 2003.

capable of justifying severe sanctions. This leads the Court to find that, in the particular circumstances of the present case, the measure of dismissal taken against the applicants was not a manifestly disproportionate or excessive sanction capable of requiring the State to afford redress by annulling it or by replacing it with a more lenient measure” (see paragraphs 76 and 77 of the judgment). We are puzzled by such an assertion.

Firstly, the argument of possible disruption in the workplace is one that has been traditionally used in order to justify *greater* protection of freedom of expression and not *less* protection. “Many people, ... economically dependent as they are upon their employer, hesitate to speak out not because they are afraid of getting arrested, but because they are afraid of being fired. And they are right.”<sup>1</sup>

Furthermore, the Court once again overlooks the social dimension of the situation in adopting this singular position, which appears to us to be detached from the reality of the case. The applicants’ summary and final dismissal for serious misconduct quite simply deprived them of their livelihood. In terms of proportionality, is it really reasonable today, with the widespread employment crisis affecting numerous countries and in terms of social peace, to compare the potentially disruptive effects of the impugned texts in the workplace with a measure of final dismissal, and thus increased job insecurity for the workers? We do not think so.

19. In conclusion, in view of the foregoing, the interrelationship between freedom of expression and freedom of association, the employment and professional context in which the facts occurred, the seriousness of the sanction, and its dissuasive effect and disproportionate nature, we believe that the interference in question did not meet a “compelling social need”, that it cannot be regarded as “necessary in a democratic society” and that it appears manifestly disproportionate to the aims pursued. There has therefore been a violation of Article 10 of the Convention read in the light of Article 11.

---

1. I. Glasser, “You Can Be Fired for Your Politics”, *Civil Liberties*, no. 327, April 1979, p. 8.



HEINISCH v. GERMANY  
*(Application no. 28274/08)*

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 21 JULY 2011<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Dismissal of nurse for lodging criminal complaint alleging shortcomings in care provided by employer****Article 10**

*Freedom of expression – Freedom to impart information – Whistle-blowing – Dismissal of nurse for lodging criminal complaint alleging shortcomings in care provided by employer – Application of Guja criteria to private-sector employment – Bona fide reporting of factual information through proper channels – Public interest outweighing interest in protecting employer’s reputation – Chilling effect of penalty*

\*

\* \*

The applicant was employed as a geriatric nurse in a nursing home for a company which was majority-owned by the *Land* of Berlin. Between January 2003 and October 2004 she and her colleagues regularly indicated to the management that they were overburdened owing to a shortage of staff and that the care services provided were not being properly documented. Following an inspection, the Medical Review Board of the Health Insurance Fund noted serious shortcomings in the care provided, including insufficient staffing levels and unsatisfactory care and documentation of care. In November 2004 the applicant’s legal counsel wrote to the company pointing out the staffing problems and enquiring how the company intended to avoid incurring criminal liability. When the company rejected the accusations, he lodged a criminal complaint alleging aggravated fraud in that the company had knowingly failed to provide the high-quality care announced in its advertisements, had systematically tried to cover up the problems and had urged staff to falsify service reports. In January 2005 the public prosecutor’s office discontinued the preliminary investigations it had opened. In the same month, the applicant was dismissed with effect from 31 March on account of repeated absences through illness. A trade union and friends of the applicant subsequently circulated a leaflet denouncing her dismissal as a “political disciplinary measure taken in order to gag employees” and mentioning the criminal complaint. The company, which had not previously been aware of the criminal complaint, then dismissed the applicant without notice, suspecting that she had initiated the production and dissemination of the leaflet. The domestic courts rejected the applicant’s claims in

---

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

respect of her dismissal after finding that her criminal complaint had provided a “compelling reason” for the termination of her employment without notice.

*Held*

Article 10: It was common ground that the criminal complaint lodged by the applicant had to be regarded as whistle-blowing, within the ambit of Article 10, and that her resulting dismissal and the related decisions of the domestic courts had interfered with her right to freedom of expression. That interference was prescribed by law and pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others, namely the business reputation and interests of the applicant’s employer.

As to the proportionality of the interference, the Court considered that the principles and criteria established in *Guja v. Moldova* ([GC], no. 14277/04, ECHR 2008), a case concerning a public-sector employee, also applied to private-law employment relationships and should be used to weigh the employee’s right to signal illegal conduct or wrongdoing on the part of his or her employer against the employer’s right to protection of its reputation and commercial interests. Given the particular vulnerability of elderly patients and the need to prevent abuse, the information disclosed was undeniably of public interest and so satisfied the first of the *Guja* criteria. As regards the second criterion, whether alternative channels could have been used to make the disclosure, by the time the applicant lodged the criminal complaint she had already informed her superiors on numerous occasions that she was overburdened and had warned them that a criminal complaint was possible. It was true that the legal qualification of the employer’s conduct as aggravated fraud was mentioned for the first time in the criminal complaint, but the applicant had already disclosed to her employer the factual circumstances on which that complaint was based and there was not sufficient evidence to counter her contention that further internal complaints would have been ineffective. As to the next criterion, whether the information disclosed was authentic, the applicant’s allegations were not devoid of factual background (the Medical Review Board had also criticised the same deficiencies) and there was nothing to establish that she had knowingly or frivolously reported incorrect information. The fact that the preliminary investigations were discontinued did not necessarily mean that the allegations underlying the criminal complaint were without factual basis or frivolous from the start. There was no reason to doubt that the applicant also satisfied the fourth criterion: acting in good faith. Even though there was a degree of exaggeration and generalisation in the formulation of her criminal complaint, her allegations were not entirely devoid of factual grounds and did not amount to a gratuitous personal attack on her employer. Further, having concluded that external reporting was necessary, she had not immediately gone to the media or disseminated flyers, but had instead sought the assistance and advice of a lawyer, with a view to lodging a criminal complaint. As regards the fifth criterion, the detriment caused to her employer, while the applicant’s allegations had certainly been prejudicial to the company, the public interest in being informed about shortcomings in the provision



of institutional care for the elderly by a State-owned company was so important that it outweighed the interest in protecting a company's business reputation and interests. Lastly, as regards the severity of the sanction, the applicant had been given the heaviest penalty possible under labour law. Not only had this had negative repercussions on her career, it was also liable to have a serious chilling effect both on other company employees and on nursing-service employees generally, thereby discouraging reporting in a sphere in which patients were frequently not capable of defending their own rights and where members of the nursing staff would be the first to become aware of shortcomings in the provision of care. The applicant's dismissal without notice had therefore been disproportionate and the domestic courts had failed to strike a fair balance between the need to protect the employer's reputation and the need to protect the applicant's right to freedom of expression.

*Conclusion:* violation (unanimously).

Article 41: The Court made awards in respect of non-pecuniary damage and of costs and expenses.

#### **Case-law cited by the Court**

*Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24

*Castells v. Spain*, 23 April 1992, Series A no. 236

*Haseldine v. the United Kingdom*, no. 18957/91, Commission decision of 13 May 1992, Decisions and Reports 73

*Vogt v. Germany*, 26 September 1995, Series A no. 323

*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, ECHR 1999-III

*Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, 29 February 2000

*Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, ECHR 2005-II

*Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, ECHR 2007-V

*Guja v. Moldova* [GC], no. 14277/04, ECHR 2008

*Marchenko v. Ukraine*, no. 4063/04, 19 February 2009

*Kudeshkina v. Russia*, no. 29492/05, 26 February 2009

*Balenović v. Croatia* (dec.), no. 28369/07, 30 September 2010



**In the case of Heinish v. Germany,**

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

Dean Spielmann, *President*,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Ann Power,

Angelika Nußberger, *judges*,

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 21 June 2011,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 28274/08) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a German national, Ms Brigitte Heinish (“the applicant”), on 9 June 2008.

2. The applicant was represented by Mr B. Hopmann, a lawyer practising in Berlin. The German Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mrs A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, of the Federal Ministry of Justice.

3. The applicant alleged, in particular, that her dismissal without notice from her employment as a geriatric nurse, on the ground that she had brought a criminal complaint against her employer alleging deficiencies in the institutional care provided, and the refusal of the domestic courts in the ensuing proceedings to order her reinstatement had infringed her right to freedom of expression.

4. On 15 December 2009 the President of the Fifth Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. The applicant and the Government each filed observations on the admissibility and merits of the application. In addition, third-party submissions were received from Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), a trade union representing employees in the service sector, including nursing services, which had been granted leave by the President to intervene

in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 of the Rules of Court) and which was represented by Mr F. Bsirske, Chairman of its Managing Board, and Mr G. Herzberg, Deputy Chairman. The parties replied to those third-party submissions (Rule 44 § 6).

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1961 and lives in Berlin. She worked as a geriatric nurse for Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH (hereinafter “Vivantes”), a limited liability company majority-owned by the *Land* of Berlin and specialising in health care, geriatrics and assistance to the elderly, from 16 September 2000 until 9 February 2005, when she was dismissed.

#### **A. The events leading to the applicant’s dismissal**

7. Since January 2002 the applicant had been working in a geriatric nursing home operated by Vivantes, where the patients were partly bed-ridden, disorientated, and generally dependent on special assistance. In 2002 the Medical Review Board of the Health Insurance Fund (*Medizinischer Dienst der Krankenkassen* – “the MDK”) established serious shortcomings in the daily care provided there, caused by a shortage of staff.

8. Between 24 January 2003 and 19 October 2004 the applicant and her colleagues regularly indicated to the management that they were overburdened on account of staff shortages and therefore had difficulties carrying out their duties. They specified the deficiencies in the care provided and also mentioned that the services provided were not properly documented. In a notification dated 18 May 2003, the applicant further mentioned that she was no longer in a position to assume responsibility for the shortcomings in care resulting from staff shortages. From 19 May 2003 onwards the applicant repeatedly fell ill and was sometimes unable to work. Her medical certificate stated that this was the result of overworking.

9. In November 2003, following a further inspection, the MDK established serious shortcomings in the care provided, on grounds of, *inter alia*, staff shortages, inadequate standards and unsatisfactory care, as well as inadequate documentation of the care provided, and accordingly threatened to terminate the service agreement with the applicant’s employer. Subsequently, restructuring took place.

10. Following a number of further notifications to her superiors explaining the situation, in particular in October 2004, the applicant again fell ill and finally consulted a lawyer.

11. In a letter of 9 November 2004, the applicant's legal counsel wrote to the Vivantes management. He pointed out that, on account of the lack of staff, the patients' basic hygienic care (*ausreichende hygienische Grundversorgung*) could no longer be guaranteed. He also requested the management to specify how they intended to avoid criminal responsibility – both for themselves and their staff – and how they intended to ensure that the patients could be properly cared for. He pointed out to the management that only then could they avoid a criminal complaint or a public discussion of the situation, with all its negative implications. He gave the management until 22 November 2004 to respond.

12. On 18 November 2004 the MDK again visited the premises without prior notice. It was subsequently in dispute between the parties whether the MDK had in fact established that the staffing situation, although difficult, was not critical.

13. On 22 November 2004 the Vivantes management rejected the applicant's accusations.

14. On 7 December 2004 the applicant's lawyer lodged a criminal complaint against Vivantes for aggravated fraud and requested the public prosecutor to examine the circumstances of the case under all its relevant legal aspects. He specified that the complaint also served the purpose of avoiding criminal responsibility for the applicant herself following her numerous complaints to Vivantes which had not brought any improvements in the care provided. It was argued that, owing to the lack of staff and the inadequate standards, her employer knowingly failed to provide the high-quality care announced in its advertisements and hence did not provide the services paid for thereby putting the patients at risk. He also alleged that Vivantes had systematically tried to cover up the existing problems and urged staff to falsify records of the services rendered. The applicant's complaint referred to the report produced by the MDK following its visit in 2003, and stated that she would be willing to attest to the bad conditions at the nursing home. It further included statements by the applicant concerning overworking and referred to the minutes of a team meeting in which Vivantes staff were advised not to disclose the staff shortages and time pressures to patients and their relatives in order to avoid disciplinary consequences. The criminal complaint included the following passage:

“The company Vivantes GmbH, which has financial difficulties and is aware of this, has deceived family members, because the care provided does not in any way correspond to or justify the fees paid. Vivantes GmbH is therefore enriching itself

and accepts the inadequacy of the medical and hygienic care [provided]. ... This demonstrates how it systematically – including by intimidating staff – tries to cover up existing problems. Staff are requested to draw up records of the care provided which do not reflect the way such care was actually given ... Similar problems exist in other institutions; therefore considerable damage is at issue.”

15. On 10 December 2004 the applicant’s lawyer also contacted the board of directors of Vivantes and stated that there was a shortage of staff at the nursing home and that it was failing to meet hygiene standards.

16. On 5 January 2005 the Berlin public prosecutor’s office discontinued the preliminary investigations against Vivantes pursuant to Article 170 § 2 of the Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung* – see “Relevant domestic law and practice” below).

17. By a letter dated 19 January 2005, the nursing home dismissed the applicant, on account of her repeated illness, with effect from 31 March 2005. The applicant challenged the dismissal before the Berlin Labour Court (*Arbeitsgericht*) (file no. 35 Ca 3077/05).

18. Subsequently, the applicant contacted friends and also her trade union, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di). On 27 January 2005 they issued a leaflet headed as follows:

“Vivantes is trying to intimidate its employees!

We refuse to be intimidated!

We call for the immediate reversal of the dismissal of our colleague Brigitte, who used to work at the Vivantes Forum for Senior Citizens.

We call for the creation of a non-partisan solidarity group.”

The leaflet also stated that the applicant had lodged a criminal complaint but that this had not resulted in a criminal investigation and that she had been dismissed on account of her illness. It further stated as follows:

“Let’s answer back at last ... It is insane that private operators, together with the Berlin SPD/PDS Senate, are destroying our workforce out of greed ... Vivantes is flagrantly taking advantage of our social commitment. ... This is more than just a dismissal! This is a political disciplinary measure taken in order to gag employees ...”

19. On 31 January 2005 the applicant sent one such leaflet by fax to the residential home where she worked, where it was distributed. Only then did Vivantes become aware of the applicant’s criminal complaint.

20. On 1 February 2005 the applicant’s employer gave her the opportunity to make a statement regarding the leaflet; however, the applicant declined to do so. On 4 February 2005 Vivantes informed the works council that it intended to dismiss the applicant without notice. On 8 February 2005 the works council declared that it would not agree to the applicant’s dismissal.

21. On 9 February 2005 the applicant's employer dismissed her without notice or, alternatively, by 31 March 2005 on suspicion of having initiated the production and dissemination of the leaflet.

22. A new leaflet was subsequently issued reporting on this dismissal; in addition, the situation was reported in a television programme and in two articles published in different newspapers.

23. On 21 February 2005 the preliminary investigation proceedings against Vivantes were resumed by the Berlin public prosecutor's office at the applicant's request.

24. On 25 February 2005 the applicant filed a claim with the Berlin Labour Court (file no. 39 Ca 4775/05) against her dismissal without notice of 9 February 2005.

25. On 25 April 2005 the applicant's former employer issued a further notice of dismissal. The applicant's claim of 25 February 2005 was then extended accordingly.

26. On 12 May 2005 the applicant was heard as a witness by the public prosecution in preliminary investigation proceedings against Vivantes. The preliminary proceedings were again discontinued on 26 May 2005 pursuant to Article 170 § 2 of the Code of Criminal Procedure.

#### **B. The civil proceedings following the applicant's dismissal without notice**

27. By a judgment of 3 August 2005 (file no. 39 Ca 4775/05), the Berlin Labour Court established that the employment contract had not been terminated by the dismissal of 9 February 2005 since this could not be justified under Article 626 of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) or section 1(1) of the Unfair Dismissal Act (*Kündigungsschutzgesetz* – see “Relevant domestic law and practice” below). In this connection, it found that the leaflet – the content of which was attributable to the applicant, since she had transmitted it to her employer without any further declaration – was covered by her right to freedom of expression and did not amount to a breach of her duties under the employment contract. Although it was polemical, it had been based on objective grounds and had not upset the “working environment” in the nursing home.

28. Following a hearing on 28 March 2006, the Berlin Labour Court of Appeal (*Landesarbeitsgericht*), by a judgment of the same date, quashed the judgment of the Labour Court and found that the dismissal of 9 February 2005 had been lawful as the applicant's criminal complaint had provided a “compelling reason” for the termination of the employment relationship without notice under Article 626 § 1 of the Civil Code and had made continuation of the employment relationship unacceptable. It found that

the applicant had frivolously based the criminal complaint on facts that she could not prove in the course of the proceedings since, in particular, merely referring to the shortage of staff was not sufficient to enable her to allege fraud, and since she had failed to further specify the alleged instruction to falsify records of the care provided, which was also evidenced by the fact that the public prosecutor had not opened an investigation. The Labour Court of Appeal further held that the criminal complaint amounted to a disproportionate reaction to the denial by Vivantes of any staff shortages, since the applicant had never attempted to have her allegation of fraud examined internally and since, moreover, she had intended to put undue pressure on her employer by provoking a public discussion of the issue. It also pointed out that the nursing home was under the supervision of the MDK, which had carried out a further inspection there on 18 November 2004, shortly before the applicant had lodged her complaint. She could have awaited the outcome of that visit and, therefore, her criminal complaint had been unnecessary. The court, referring also to the principles established by the Federal Labour Court (*Bundesarbeitsgericht*) in its relevant case-law (see “Relevant domestic law and practice” below), concluded that the applicant had not been acting within her constitutional rights and had breached her duty of loyalty towards her employer.

29. On 6 June 2007 the Federal Labour Court dismissed an appeal by the applicant against the decision refusing her leave to appeal on points of law.

30. By a decision of 6 December 2007, which was served on the applicant on 12 December 2007, the Federal Constitutional Court refused, without stating further reasons, to accept her constitutional complaint for adjudication.

## II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

### A. Relevant domestic law and practice

#### *1. Dismissal of an employee for having lodged a criminal complaint against the employer*

31. Apart from specific legislation with respect to civil servants exposing suspected cases of corruption, German law does not contain general provisions governing the disclosure of deficiencies in enterprises or institutions, such as illegal conduct on the part of the employer, by an



employee (“whistle-blowing”), and discussions on related draft legislation have, for the time being, not produced any results.

**(a) The relevant provisions of the German Civil Code and the Unfair Dismissal Act**

32. In the absence of such specific legislation, an extraordinary dismissal of an employee for having lodged a criminal complaint against his or her employer may be based on Article 626 § 1 of the Civil Code, which provides that an employment relationship may be terminated by either party to the contract without complying with a notice period due to a “compelling reason” (*wichtiger Grund*). Facts must be present on the basis of which the party giving notice cannot reasonably be expected to continue the employment until the end of the notice period or to the agreed end of that relationship, taking all the circumstances of the individual case into account and weighing up the interests of both parties to the contract.

33. Section 1(1) of the Unfair Dismissal Act provides that the termination of an employment relationship by the employer is unlawful if it is socially unjustified. Under section 1(2) of the Act, termination is socially unjustified unless it is based, *inter alia*, on grounds relating to the employee himself or herself, or to his or her conduct or if the continuation of the employment relationship would conflict with compelling requirements for the operation of the enterprise.

**(b) Case-law of the Federal Constitutional Court and the Federal Labour Court**

34. In a decision of 2 July 2001 (file no. 1 BvR 2049/00), the Federal Constitutional Court ruled in a case where, at the request of the public prosecutor, an employee had given evidence and handed over documents in preliminary criminal investigations that had been instituted against his employer by the public prosecutor *ex officio*. The Federal Constitutional Court held that, in accordance with the rule of law, the discharge of a citizen’s duty to give evidence in criminal investigations could not in itself entail disadvantages under civil law. The Federal Constitutional Court further pointed out *obiter* that even in the event that an employee reported the employer to the public prosecution authorities on his or her own initiative, the rule of law required that such exercise of a citizen’s right would, as a rule, not justify dismissal without notice, unless the employee had knowingly or frivolously reported incorrect information.

35. In the light of the Federal Constitutional Court’s case-law, the Federal Labour Court, in a judgment of 3 July 2003 (file no. 2 AZR 235/02), further elaborated on the relation between an employee’s duty of loyalty towards the

employer and the exercise of his or her constitutionally guaranteed rights. It reiterated that in reporting a criminal offence, an employee had recourse to a means of implementing the law that was not only sanctioned by the legal order but also called for under the Constitution. An employee who exercised that right in good faith could not therefore incur a disadvantage in the event that the underlying allegations proved wrong or could not be clarified in the course of the ensuing proceedings. It held, however, that, taking into consideration the employee's duty of loyalty, a [criminal] complaint lodged by an employee must not constitute a disproportionate reaction in response to the employer's conduct. Indications of a disproportionate reaction by the complainant employee could be the justification of the complaint, the motivation of the person lodging the complaint or the failure to have previously drawn attention to the impugned deficiencies internally within the enterprise. In this context, the employee's motives for lodging the complaint were of particular significance. A complaint that was lodged solely to cause damage to the employer or to "wear him or her down" could constitute a disproportionate reaction depending on the charges underlying the complaint. As regards the possibility of prior internal clarification of the allegations, the court stated that it had to be determined in each individual case whether such an approach could reasonably have been expected of the employee. It would not be expected if the employee had obtained knowledge of an offence which, if he or she failed to report it, would render him or her liable to criminal prosecution or in the event of a serious criminal offence or an offence committed by the employer himself or herself. In addition, prior internal clarification of the matter was not required if redress could not legitimately be expected. If the employer failed to remedy an unlawful practice even though the employee had previously drawn his or her attention to that practice, the employee was no longer bound by a duty of loyalty towards his or her employer.

## *2. The Code of Criminal Procedure*

36. Article 170 of the Code of Criminal Procedure provides for the following two outcomes of investigation proceedings:

“1. If the investigations offer sufficient reason for bringing public charges, the public prosecutor's office shall submit a bill of indictment to the competent court.

2. In all other cases, the public prosecutor's office shall terminate the proceedings. The public prosecutor shall notify the accused accordingly if he was examined as such or if a warrant of arrest was issued against him; the same shall apply if he has requested such notice or if there is a particular interest in notifying him.”

## **B. Relevant international law and practice**

37. In its Resolution 1729 (2010) on the protection of “whistle-blowers”, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe stressed the importance of “whistle-blowing” – concerned individuals sounding the alarm in order to stop wrongdoings that place fellow human beings at risk – as an opportunity to strengthen accountability, and bolster the fight against corruption and mismanagement, both in the public and private sectors. It invited all member States to review their legislation concerning the protection of whistle-blowers, keeping in mind the following guiding principles:

“6.1.1. the definition of protected disclosures shall include all bona fide warnings against various types of unlawful acts, including all serious human rights violations which affect or threaten the life, health, liberty and any other legitimate interests of individuals as subjects of public administration or taxpayers, or as shareholders, employees or customers of private companies;

6.1.2. the legislation should therefore cover both public and private sector whistle-blowers ... ; and

6.1.3. it should codify relevant issues in the following areas of law:

6.1.3.1. employment law – in particular protection against unfair dismissals and other forms of employment-related retaliation;

...

6.2.2. This legislation should protect anyone who, in good faith, makes use of existing internal whistle-blowing channels from any form of retaliation (unfair dismissal, harassment or any other punitive or discriminatory treatment).

6.2.3. Where internal channels either do not exist, have not functioned properly or could reasonably be expected not to function properly given the nature of the problem raised by the whistle-blower, external whistle-blowing, including through the media, should likewise be protected.

6.2.4. Any whistle-blower shall be considered as having acted in good faith provided he or she had reasonable grounds to believe that the information disclosed was true, even if it later turns out that this was not the case, and provided he or she did not pursue any unlawful or unethical objectives.”

The above guidelines were also referred to in the Parliamentary Assembly’s related Recommendation 1916 (2010).

38. Article 24 of the Revised European Social Charter reads as follows:

“With a view to ensuring the effective exercise of the right of workers to protection in cases of termination of employment, the Parties undertake to recognise:

(a) the right of all workers not to have their employment terminated without valid reasons for such termination connected with their capacity or conduct or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service;

...”

The appendix to Article 24 specifies:

“3. For the purpose of this Article the following, in particular, shall not constitute valid reasons for termination of employment:

...

(c) the filing of a complaint or the participation in proceedings against an employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities;

...”

Article 24 of the Revised European Social Charter has been ratified by twenty-four of the Council of Europe member States. Germany has signed but not yet ratified the Charter.

39. The relevant parts of Article 5 of the Termination of Employment Convention of the International Labour Organization (ILO Convention No. 158 of 22 June 1982) stipulate:

“The following, *inter alia*, shall not constitute valid reasons for termination:

...

(c) the filing of a complaint or the participation in proceedings against an employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities;

...”

Germany has not ratified ILO Convention No. 158.

40. A number of other international instruments address the protection of whistle-blowers in specific contexts, in particular the fight against corruption, such as the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption and Civil Law Convention on Corruption, or the United Nations Convention against Corruption.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

41. The applicant complained that her dismissal without notice on the ground that she had lodged a criminal complaint against her employer and the refusal of the domestic courts in the ensuing proceedings to order her

reinstatement infringed her right to freedom of expression as provided in Article 10 of the Convention, which reads 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. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

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, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

### **A. Admissibility**

42. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

### **B. Merits**

#### *1. Whether there was an interference*

43. The Court observes at the outset that it was not disputed between the parties that the criminal complaint lodged by the applicant had to be regarded as whistle-blowing on the alleged unlawful conduct of the employer, which fell within the ambit of Article 10 of the Convention. It was also common ground between the parties that the resulting dismissal of the applicant and the related decisions of the domestic courts amounted to an interference with the applicant’s right to freedom of expression.

44. The Court refers in this context to a number of cases involving freedom of expression of civil or public servants in which it has held that Article 10 applied to the workplace in general (see, for example, *Kudeshkina v. Russia*, no. 29492/05, § 85, 26 February 2009, and *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 53, Series A no. 323). It has further found that Article 10 of the Convention also applies when the relations between employer and employee are governed, as in the case at hand, by private law and that the State has a positive obligation to protect the right to freedom of expression even in the sphere of relations between individuals (see *Fuentes Bobo v. Spain*, no. 39293/98, § 38, 29 February 2000).

45. The Court therefore considers that the applicant's dismissal, as upheld by the German courts, on account of her criminal complaint against her employer constituted an interference with her right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 § 1 of the Convention.

46. Such interference will constitute a breach of Article 10 unless it is "prescribed by law", pursues a legitimate aim under its paragraph 2 and is "necessary in a democratic society" for the achievement of such aim.

2. *Whether the interference was "prescribed by law" and pursued a legitimate aim*

47. The applicant, while conceding that termination of an employment relationship without notice under Article 626 § 1 of the Civil Code could pursue the legitimate aim of protecting the reputation or rights of others, namely the business reputation and interests of Vivantes, argued that the said provision did not contain any criteria for a lawful dismissal in the event of whistle-blowing on the part of an employee. The related decision of the Federal Constitutional Court of 2 July 2001 and the judgment of the Federal Labour Court of 3 July 2003 (see "Relevant domestic law and practice" above) did not amount to comprehensive and established case-law in this regard. The conditions for dismissal without notice on the ground that an employee has filed a criminal complaint against his or her employer were not sufficiently foreseeable and the resulting interference with the applicant's right to freedom of expression had thus not been "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

48. The Court notes in this connection that Article 626 § 1 of the Civil Code allows the termination of an employment contract with immediate effect by either party if a "compelling reason" renders the continuation of the employment relationship unacceptable to the party giving notice. It further observes that, according to the decision of the domestic courts in the present case as well as the above-mentioned leading decision of the Federal Constitutional Court and the judgment of the Federal Labour Court referred to by the parties, a criminal complaint against an employer may justify a dismissal under the said provision where it amounts to a "significant breach" of the employee's duty of loyalty. While the domestic courts have to assess whether such a significant breach of an employee's duty has occurred in the light of the circumstances of each particular case, the Court considers that it is nevertheless foreseeable for an employee that a criminal complaint against his or her employer may in principle constitute a compelling ground for dismissal without notice under Article 626 § 1 of the Civil Code. The Court reiterates in this context that domestic legislation cannot be expected in any case to provide for every eventuality and the mere fact that a legal

provision is capable of more than one construction does not mean that it does not meet the requirement implied in the notion “prescribed by law” (see *Vogt*, cited above, § 48).

49. The Court therefore shares the Government’s view that the interference with the applicant’s right to freedom of expression was “prescribed by law”. It further notes that there was no dispute between the parties that the interference pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others, namely the business reputation and interests of Vivantes (see *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no. 68416/01, § 94, ECHR 2005-II).

50. The Court must therefore examine whether the interference was “necessary in a democratic society”, in particular whether there was a proportionate relationship between the interference and the aim pursued.

### 3. *Whether the interference was necessary in a democratic society*

#### (a) **The parties’ submissions**

##### (i) *The Government*

51. The Government argued that the interference with the applicant’s right to freedom of expression in the case at hand had been justified under paragraph 2 of Article 10 of the Convention since her dismissal without notice had been a necessary and proportionate means to protect the reputation and rights of her employer.

52. In their assessment of the situation the domestic courts had, *inter alia*, taken into consideration that the applicant had not previously raised internally with her employer her allegation that the documentation in connection with the care provided had been falsified. Neither had she mentioned such a practice nor accused her employer of fraud either in her repeated notifications to the latter pointing out the shortcomings in the services rendered or in the letter sent by her legal counsel to the Vivantes management on 9 November 2004. The allegations of fraud had been made for the first time in her criminal complaint of 7 December 2004.

53. The domestic courts had further considered that the applicant had frivolously based her criminal complaint on facts that could not be demonstrated in the ensuing proceedings. Her complaint had lacked sufficiently concrete information to enable her allegations to be verified and the competent public prosecution authorities had therefore discontinued the preliminary investigations for lack of an initial suspicion (*Anfangsverdacht*). When the public prosecution authorities, following resumption of the preliminary proceedings at the applicant’s request, had questioned the

latter as a witness, she had refused to further specify her allegations or to name additional witnesses. The preliminary investigations had thus been discontinued again. In the proceedings before the labour courts relating to her dismissal, the applicant had also failed to substantiate her allegations that staff had been asked to document services that had not actually been rendered. Owing to the blanket nature of the applicant's allegations and her refusal to further substantiate her accusations, it had been impossible to assess their veracity and the domestic courts had thus not abused their power of discretion when calling into question the authenticity of the applicant's allegations.

54. The Government argued, lastly, that when lodging the criminal complaint against her employer the applicant had not acted in good faith and in the public interest with a view to disclosing a criminal offence. Her motive for lodging the criminal complaint had rather been to denounce the alleged shortage of staff and put additional pressure on her employer by involving the public. The applicant had been aware that Vivantes was subject to inspections by the Berlin Inspectorate for Residential Homes as well as to checks by an independent supervisory body, the MDK, and that in view of those checks a criminal complaint about an alleged staff shortage and resulting deficiencies in care was unnecessary. In particular, she could have waited for the MDK to issue a report following its visit carried out on 18 November 2004 before lodging her criminal complaint. The motives behind her actions were also illustrated by the polemical way in which her criminal complaint had been phrased and the fact that following her dismissal she had disseminated flyers in which she complained of the alleged avarice of her employer. Furthermore, her lawyer's letter of 9 November 2004 announcing to the Vivantes management that a criminal complaint and a "certainly unpleasant public discussion" could be avoided only if the employer took steps to remedy the staff shortages also showed that she intended to put pressure on her employer.

55. The Government concluded that the domestic courts had examined the circumstances of the instant case and, relying on the above-mentioned arguments, had struck a fair balance between the public interest in being informed about shortcomings in the sensitive area of care for the elderly on the one hand, and the protection of the public's trust in the provision of services in this area as well as the protection of the commercial interests and success of the operating service companies on the other, and had come to the conclusion that the latter prevailed in the present case. They further pointed out that the domestic courts had weighed the applicant's right to freedom of expression against her duty of loyalty towards her employer,



applying criteria that coincided with those established by the Court in *Guja v. Moldova* ([GC], no. 14277/04, §§ 69-78, ECHR 2008). The result of their assessment had thus fallen within the margin of appreciation enjoyed by the States in interfering with the right to freedom of expression.

(ii) *The applicant*

56. The applicant contested the Government's argument that her criminal complaint had been premature. She maintained that prior to lodging the criminal complaint against Vivantes she had made continuous efforts during a period of over two years to inform the relevant departments within the enterprise of the existing deficiencies. Since all her attempts to draw the management's attention to the situation had been to no avail, she had been led to assume that further internal complaints would not constitute an effective means of obtaining an investigation of and remedy for the shortcomings in the care provided. For that reason she had considered the criminal complaint as a last resort, also with a view to avoiding potential criminal liability herself. This had also been the reason why her legal counsel had written to the Vivantes management on 9 November 2004 informing them of her intention to lodge a criminal complaint.

57. The applicant further contended that her criminal complaint had not been frivolous or unfounded. In her repeated pleas to Vivantes she had disclosed all the circumstances of the case that had been the foundation of her subsequent criminal complaint, including the fact that staff had been asked to record services which had not actually been rendered in the manner documented. The deficiencies disclosed by her had also been the subject of criticism by the MDK, following its inspections in 2002 and 2003, when it had pointed out that staff shortages were at the origin of the inadequate care. It had been her lawyer who had assessed the facts from a legal point of view when formulating the criminal complaint and qualifying them as constituting the criminal offence of fraud – an assessment that she was not competent to call into question. She had further substantiated her complaint to the extent possible in the subsequent proceedings while being mindful of the risk of incriminating herself and of incurring retaliatory measures by Vivantes in the event that she disclosed further internal information about the enterprise.

58. The applicant submitted that her motive for filing the complaint had been the potential threat to the health of the particularly vulnerable patients as a result of the unsatisfactory working conditions in the nursing home; the question whether the accompanying documentation had been

accurate had been of only secondary significance to her. In her opinion, the criminal complaint had not been unnecessary in view of the supervision carried out by the MDK, as pointed out by the Government, and she contested the argument that the true purpose of her complaint had been to put undue pressure on her employer. She argued in this connection that previous complaints by the MDK about the conditions in the nursing home where she worked had not brought about any change in the working conditions there and, therefore, in her opinion, a subsequent visit by the MDK could not have been considered as an effective alternative to remedy the shortcomings. In any event, she would neither have had a right to be involved in such an inspection nor to be informed about its outcome.

59. The applicant further pointed out that her dismissal without notice had been the severest sanction possible and could only be justified in the absence of less severe penalties. With regard to Vivantes, on the other hand, no concrete damage as a consequence of her criminal complaint had been established.

60. The applicant concluded that her dismissal without notice had not been necessary for the protection of the reputation or rights of Vivantes and had thus been disproportionate. The domestic courts had not struck a fair balance between the considerable public interest in being informed about shortcomings in the care for the elderly provided by a State-owned company on the one hand and the rights of the service provider on the other.

*(iii) The third party*

61. The trade union ver.di provided information on the organisation of institutional care for the elderly in Germany as well as the working conditions of employees in this sector, which were frequently characterised by staff shortages resulting in a heavy workload and overtime for employees. In many nursing homes too many patients were assigned to individual members of staff, who were therefore in a position to provide only basic care. Supervision of nursing homes was mainly carried out by the Medical Review Board of the Health Insurance Fund on the basis of annual inspections. The latter was under no obligation to consult the staff employed in the nursing homes on the occasion of such visits. However, it was the employees who were the first to become aware of unsatisfactory conditions in the care provided. For this reason, staff should be provided with effective means to draw attention to shortcomings in the provision of care and should be able to report breaches of the rights of patients without having to fear retaliatory measures by their employer.

**(b) The Court's assessment**

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

62. The fundamental principles underlying the assessment of whether an interference with the right to freedom of expression was proportionate are well-established in the Court's case-law and have been summed up as follows (see, among other authorities, *Steel and Morris*, cited above, § 87):

“ ...

(ii) The adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a ‘pressing social need’. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a ‘restriction’ is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to 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 are ‘relevant and sufficient’ ... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ...”

63. As regards the application of Article 10 of the Convention to the workplace, the Court has held that the signalling by an employee in the public sector of illegal conduct or wrongdoing in the workplace should, in certain circumstances, enjoy protection. This may be called for in particular where the employee or civil servant concerned is the only person, or part of a small category of persons, aware of what is happening at work and is thus best placed to act in the public interest by alerting the employer or the public at large (see *Guja*, cited above, § 72, and *Marchenko v. Ukraine*, no. 4063/04, § 46, 19 February 2009).

64. The Court is at the same time mindful that employees owe to their employer a duty of loyalty, reserve and discretion (see, for example, *Marchenko*, cited above, § 45). While such duty of loyalty may be more pronounced in the event of civil servants and employees in the public sector as compared to employees in private-law employment relationships, the Court finds that it doubtlessly also constitutes a feature of the latter

category of employment. It therefore shares the Government's view that the principles and criteria established in the Court's case-law with a view to weighing an employee's right to freedom of expression by signalling illegal conduct or wrongdoing on the part of his or her employer against the latter's right to protection of its reputation and commercial interests also apply in the case at hand. The nature and extent of loyalty owed by an employee in a particular case has an impact on the weighing of the employee's rights and the conflicting interests of the employer.

65. Consequently, in the light of this duty of loyalty and discretion, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information can, as a last resort, be disclosed to the public. In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, the Court must therefore take into account whether the applicant had any other effective means of remedying the wrongdoing which he or she intended to uncover (see *Guja*, cited above, § 73).

66. The Court must also have regard to a number of other factors when assessing the proportionality of the interference in relation to the legitimate aim pursued. In the first place, particular attention shall be paid to the public interest involved in the disclosed information. The Court reiterates in this regard that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on debate of questions of public interest (see, among other authorities, *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 106, ECHR 2007-V).

67. The second factor relevant to this balancing exercise is the authenticity of the information disclosed. It is open to the competent State authorities to adopt measures intended to respond appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith (see *Castells v. Spain*, 23 April 1992, § 46, Series A no. 236). Moreover, freedom of expression carries with it duties and responsibilities and any person who chooses to disclose information must carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that it is accurate and reliable (see *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no. 21980/93, § 65, ECHR 1999-III).

68. On the other hand, the Court must weigh the damage, if any, suffered by the employer as a result of the disclosure in question and assess whether such damage outweighed the interest of the public in having the information revealed (see *Guja*, cited above, § 76).

69. The motive behind the actions of the reporting employee is another determinant factor in deciding whether a particular disclosure should be protected or not. For instance, an act motivated by a personal grievance or personal antagonism or the expectation of personal advantage, including

pecuniary gain, would not justify a particularly strong level of protection. It is important to establish that, in making the disclosure, the individual acted in good faith and in the belief that the information was true, that it was in the public interest to disclose it and that no other, more discreet means of remedying the wrongdoing was available to him or her (see *Guja*, cited above, § 77).

70. Lastly, in connection with the review of the proportionality of the interference in relation to the legitimate aim pursued, a careful analysis of the penalty imposed on the applicant and its consequences is required (see *Fuentes Bobo*, cited above, § 49).

(ii) *Application of the above principles in the present case*

(α) The public interest in the disclosed information

71. Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the information disclosed by the applicant was undeniably of public interest. In societies with an ever-growing part of their elderly population being subject to institutional care, and taking into account the particular vulnerability of the patients concerned, who often may not be in a position to draw attention to shortcomings in the provision of care on their own initiative, the dissemination of information about the quality or deficiencies of such care is of vital importance with a view to preventing abuse. This is even more evident when institutional care is provided by a State-owned company, where the confidence of the public in an adequate provision of vital care services by the State is at stake.

(β) Whether the applicant had alternative channels for making the disclosure

72. As regards the availability of alternative channels for making the disclosure and obtaining an internal clarification of the allegations, the Court notes that the applicant not only indicated, on numerous occasions between January 2003 and October 2004, to her superiors that she was overburdened, but also alerted the management to a possible criminal complaint through her counsel by a letter of 9 November 2004. While it is true that the legal qualification of the employer's conduct as aggravated fraud was mentioned for the first time in the criminal complaint of 7 December 2004 drafted by the applicant's lawyer, the Court observes that the applicant had nevertheless disclosed the factual circumstances on which her subsequent criminal complaint was based – including the fact that the services provided had not been properly documented – in her previous notifications to her employer. It further notes that the criminal complaint requested the public prosecution authorities to examine the circumstances

of the case as described in the criminal complaint under all relevant legal aspects and that the latter was thus not necessarily limited to fraud.

73. The Court refers in this context to the above-mentioned judgment of the Federal Labour Court of 3 July 2003 (see “Relevant domestic law and practice” above) stating that seeking prior internal clarification of the allegations could not reasonably be expected of an employee if the latter had obtained knowledge of an offence which, if he or she failed to report it, would render him or her liable to criminal prosecution. In addition, prior internal clarification of the matter was not required if redress could not legitimately be expected. If the employer failed to remedy an unlawful practice even though the employee had previously drawn his or her attention to that practice, the latter was no longer bound by a duty of loyalty towards his or her employer. The Court further notes that similar reasoning is reflected in the Parliamentary Assembly’s guiding principles on the protection of whistle-blowers (see “Relevant international law and practice” above), which stipulate that where internal channels could not reasonably be expected to function properly, external whistle-blowing should be protected.

74. The Court finds that these considerations also apply in the case at hand. The applicant was of the opinion that none of her previous complaints to her employer had contributed to an amelioration of the working conditions and care provided in the nursing home where she worked. She also indicated to her employer that one of her concerns was that failure to report the deficiencies in the care provided would render her liable to criminal prosecution. The Court therefore considers that it has not been presented with sufficient evidence to counter the applicant’s submission that any further internal complaints would not have constituted an effective means of obtaining an investigation of and remedy for the shortcomings in the care provided.

75. The Court also notes that German law does not provide for a particular enforcement mechanism for investigating a whistle-blower’s complaint and seeking corrective action from the employer.

76. In the light of the foregoing, the Court considers that in circumstances such as those in the present case, external reporting by means of a criminal complaint was justifiable.

(y) The authenticity of the disclosed information

77. Another factor relevant to the balancing exercise is the authenticity of the information disclosed. The Court reiterates in this context that freedom of expression carries with it duties and responsibilities and any person who chooses to disclose information must carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that it is accurate and reliable – in

particular if, as in the present case, the person owes a duty of discretion and loyalty to his or her employer (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24, and *Haseldine v. the United Kingdom*, no. 18957/91, Commission decision of 13 May 1992, Decisions and Reports 73, pp. 225 and 231).

78. The Court notes in this context that the Federal Constitutional Court had pointed out in its decision of 2 July 2001 that even in the event that an employee reported the employer to the public prosecution authorities on his or her own initiative, the rule of law required that such exercise of a citizen's right could not, as a rule, justify dismissal without notice unless the employee had knowingly or frivolously reported incorrect information (file no. 1 BvR 2049/00). Indeed, the Berlin Labour Court of Appeal found in the case at hand that the applicant had frivolously based her criminal complaint on facts that could not be demonstrated in the resulting preliminary criminal and labour court proceedings.

79. However, the Court notes that the deficiencies disclosed by the applicant in her criminal complaint had not only been raised in her previous notifications to her employer but had also been the subject of criticism by the MDK following its inspections in 2002 and 2003 which had led it to point out that staff shortages were at the origin of the inadequate care. The allegations made by the applicant were therefore not devoid of factual background and there is nothing to establish that she had knowingly or frivolously reported incorrect information. The factual information about the deficiencies in care was further supplemented by the applicant in written submissions to the labour courts in the proceedings regarding her dismissal. Furthermore, the Court notes in this connection that, according to the statement of facts in the Labour Court of Appeal's judgment of 28 March 2006, the applicant had, *inter alia*, alleged at the court hearing on the same date that she and other staff members had been requested to supplement documentation on the care provided even though the documented services had not actually been rendered. She had referred to the testimony of three of her colleagues in that connection.

80. As far as the ensuing preliminary criminal proceedings are concerned, the Court notes that it is primarily the task of the law-enforcement authorities to investigate the veracity of allegations made in the context of a criminal complaint and that it cannot reasonably be expected from a person having lodged such a complaint in good faith to anticipate whether the investigations will lead to an indictment or will be terminated. The Court refers in this context to the above-mentioned judgment of the Federal Labour Court of 3 July 2003 in which the latter held that an employee who exercised his or her constitutionally guaranteed right to lodge a criminal

complaint in good faith could not sustain a disadvantage in the event that the underlying allegations proved wrong or could not be clarified in the course of the ensuing proceedings. It further observes that the Parliamentary Assembly's guiding principles on the protection of whistle-blowers are based on similar considerations, stating that a whistle-blower should be considered as having acted in good faith provided he or she had reasonable grounds to believe that the information disclosed was true, even if it later turned out that this was not the case, and provided he or she did not pursue any unlawful or unethical objectives.

81. The Court is not convinced by the Government's argument that the applicant's failure to further specify her allegations and to name additional witnesses in the course of the criminal investigations against Vivantes called into question the authenticity of her allegations made in the criminal complaint. The Court notes, as has been submitted by the applicant, that such conduct on her part may be explained by a fear of incriminating herself as well as the risk of being subject to retaliatory measures on the part of Vivantes in the event that she disclosed further internal information. In any event, the Court considers that although a lack of evidence may have resulted in the preliminary investigations being discontinued, this does not necessarily mean that the allegations underlying the criminal complaint were without factual basis or frivolous at the outset.

(δ) Whether the applicant acted in good faith

82. The Court further notes that the applicant argued that her main motive for lodging the criminal complaint had been the potential threat to the health of the particularly vulnerable patients resulting from the unsatisfactory working conditions in the nursing home, whereas the Government maintained that she had aimed to denounce the alleged staffing shortage and put additional pressure on her employer by involving the public.

83. On the basis of the materials before it and even assuming that the amelioration of her own working conditions might have been an additional motive for her actions, the Court does not have reason to doubt that the applicant acted in good faith and in the belief that it was in the public interest to disclose the alleged wrongdoing on the part of her employer to the prosecution authorities and that no other, more discreet means of remedying the situation was available to her.

84. The Court is not persuaded by the Government's argument that in view of the regular inspections by the Berlin Inspectorate for Residential Homes as well as those carried out by the MDK, the applicant should have been aware that a criminal complaint was unnecessary and that she



could have waited for the MDK to issue its report on its inspection of 18 November 2004 before submitting her criminal complaint. The Court notes in this respect that in the applicant's experience previous complaints by the MDK about the conditions in the nursing home had not brought about any change and she was therefore of the opinion that a further visit by the MDK could not be considered as an effective alternative by which to remedy the shortcomings and avoid her own criminal liability. Following her numerous previous internal complaints with Vivantes, which had been to no avail, she apparently considered the criminal complaint to be a last resort by which to remedy the deficiencies in the care provided. The Court notes in this context that a report of a subsequent check carried out by the MDK in 2006 points out that deficiencies in the care provided that had already been the subject of its reports in 2002, 2003 and 2004 persisted and required urgent action.

85. As regards the Government's submission that the polemical formulation of the criminal complaint was evidence that the applicant's true motive was to denounce and put pressure on her employer, the Court considers that even if the applicant allowed herself a certain degree of exaggeration and generalisation, her allegations were not entirely devoid of factual grounds (see paragraph 79 above) and did not amount to a gratuitous personal attack on her employer but rather constituted a description of the serious shortcomings in the functioning of the nursing home.

86. This finding is further corroborated by the fact that the applicant – once she had concluded that external reporting was necessary – did not have immediate recourse to the media or the dissemination of flyers in order to attain maximum public attention but first chose to have recourse to the public prosecution authorities with a view to initiating investigations (see, by contrast, *Balenović v. Croatia* (dec.), no. 28369/07, 30 September 2010). She sought the assistance and advice of a lawyer who made a legal assessment of the facts as submitted by the applicant and formulated the criminal complaint accordingly. It was only following her ordinary dismissal on 19 January 2005 that she disseminated flyers in which she complained of the alleged avarice of her employer and made reference to her criminal complaint.

87. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the applicant acted in good faith when submitting her criminal complaint against her employer.

(ε) The detriment to the employer

88. On the other hand, the Court also considers that the allegations underlying the applicant's criminal complaints, in particular those

containing allegations of fraud, were certainly prejudicial to Vivantes's business reputation and commercial interests.

89. It reiterates in this context that there is an interest in protecting the commercial success and viability of companies for the benefit of shareholders and employees, but also for the wider economic good (see *Steel and Morris*, cited above, § 94). The Court finds it relevant to note in this context that in the case at hand the employer is a State-owned company providing, *inter alia*, services in the sector of institutional care for the elderly. While the Court accepts that State-owned companies also have an interest in commercial viability, it nevertheless points out that the protection of public confidence in the quality of the provision of a vital public service by State-owned or administered companies is decisive for the functioning and economic good of the entire sector. For this reason, the public shareholder itself has an interest in investigating and clarifying alleged deficiencies in this respect within the scope of an open public debate.

90. In the light of these considerations, the Court finds that the public interest in receiving information about shortcomings in the provision of institutional care for the elderly by a State-owned company is so important in a democratic society that it outweighs the interest in protecting the latter's business reputation and interests.

(k) The severity of the sanction

91. Lastly, the Court notes that the heaviest sanction possible under labour law was imposed on the applicant. This sanction not only had negative repercussions on the applicant's career but it could also have a serious chilling effect on other employees of Vivantes and discourage them from reporting any shortcomings in institutional care. Moreover, in view of the media coverage of the applicant's case, the sanction could have a chilling effect not only on employees of Vivantes but also on other employees in the nursing service sector. This chilling effect works to the detriment of society as a whole and also has to be taken into consideration when assessing the proportionality of, and thus the justification for, the sanctions imposed on the applicant who, as the Court has held above, was entitled to bring the matter at issue to the public's attention (see *Kudeshkina*, cited above, § 99). This is particularly true in the area of care for the elderly, where the patients are frequently not capable of defending their own rights and where members of the nursing staff will be the first to become aware of unsatisfactory conditions in the care provided and are thus best placed to act in the public interest by alerting the employer or the public at large.

92. Accordingly, the Court considers that the applicant's dismissal without notice in the case at hand was disproportionately severe.

(iii) *Conclusion*

93. Being mindful of the importance of the right to freedom of expression on matters of general interest, of the right of employees to report illegal conduct and wrongdoing at their place of work, the duties and responsibilities of employees towards their employers and the right of employers to manage their staff, and having weighed up the other various interests involved in the present case, the Court comes to the conclusion that the interference with the applicant's right to freedom of expression, in particular her right to impart information, was not "necessary in a democratic society".

94. The Court therefore considers that in the present case the domestic courts failed to strike a fair balance between the need to protect the employer's reputation and rights on the one hand and the need to protect the applicant's right to freedom of expression on the other.

95. There has accordingly been a violation of Article 10 of the Convention.

...

### III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

99. 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**

...

103. The Court notes that it is not disputed between the parties that the applicant's employment relationship ended as a consequence of her ordinary dismissal with effect from 31 March 2005. It further observes that the applicant herself had submitted that she received sickness benefits or a transitional allowance for the period between 9 February and 31 March 2005, which compensated for her salary. The Court therefore finds that it has not been established that the applicant suffered pecuniary damage during the period from 9 February to 31 March 2005. It further does not discern any causal link between the violation found and the pecuniary damage alleged for the periods after the termination of the employment relationship by ordinary dismissal with effect from 31 March 2005. The Court therefore rejects the applicant's claim in respect of pecuniary damage.

104. On the other hand, it considers that the applicant must have sustained non-pecuniary damage. Ruling on an equitable basis, it awards her 10,000 euros (EUR) under that head.

...

### **C. Default interest**

108. 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. *Declares* the complaint under Article 10 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 10 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, the following amounts:
    - (i) EUR 10,000 (ten thousand euros) plus any tax that may be chargeable in respect of non-pecuniary damage;

...

Done in English, and notified in writing on 21 July 2011, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Claudia Westerdiek  
Registrar

Dean Spielmann  
President

HEINISCH c. ALLEMAGNE  
*(Requête n° 28274/08)*

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 21 juillet 2011<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Licenciement d'une infirmière ayant porté plainte contre son employeur pour carences dans l'administration de soins****Article 10**

*Liberté d'expression – Liberté de communiquer des informations – Dénonciation – Licenciement d'une infirmière ayant porté plainte contre son employeur pour carences dans l'administration de soins – Application des critères énoncés dans l'arrêt Guja aux emplois du secteur privé – Dénonciation de faits effectuée de bonne foi par des voies appropriées – Prévalence de l'intérêt général sur l'intérêt à protéger la réputation de l'employeur – Effet dissuasif de la sanction*

\*

\* \*

La requérante était employée dans un foyer comme infirmière en gériatrie par une société ayant pour principal actionnaire le *Land* de Berlin. De janvier 2003 à octobre 2004, l'intéressée et certains de ses collègues se plaignirent à plusieurs reprises auprès de leur employeur d'une surcharge de travail due à un manque de personnel et du caractère lacunaire des rapports concernant les soins administrés. Après avoir mené une inspection, le comité de contrôle médical de la caisse d'assurance maladie releva de graves carences dans l'administration des soins, constatant notamment que le personnel n'était pas assez nombreux et que les soins prodigués ainsi que les rapports auxquels ils donnaient lieu n'étaient pas satisfaisants. En novembre 2004, l'avocat de l'intéressée écrivit à la société concernée pour lui signaler que ses effectifs n'étaient pas suffisants et l'inviter à lui indiquer comment elle entendait se prémunir contre la mise en cause de sa responsabilité pénale. En réponse aux dénégations de la société, il porta plainte contre elle, l'accusant d'abus de confiance aggravé pour avoir délibérément manqué à son obligation de fournir les soins de haute qualité vantés dans ses publicités, pour avoir tenté systématiquement de dissimuler les difficultés qu'elle connaissait et pour avoir incité ses employés à falsifier les rapports de soins. En janvier 2005, le parquet mit fin à l'enquête préliminaire qu'il avait ouverte. Le même mois, la requérante se vit notifier son licenciement, prenant effet le 31 mars, pour problèmes de santé récurrents. Avec des amis et le soutien de son syndicat, elle distribua un tract qualifiant son licenciement de « mesure disciplinaire tactique destinée à museler les employés » et faisant état

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

de son dépôt de plainte contre la société. Cette dernière, qui ignorait jusque-là l'existence de cette plainte, soupçonna l'intéressée d'être à l'origine de la rédaction et de la diffusion du tract et la licencia sans préavis. Estimant que la plainte déposée par l'intéressée constituait un « motif grave » justifiant la rupture immédiate de la relation de travail, les juridictions internes déboutèrent la requérante du recours qu'elle avait formé contre son licenciement.

Article 10: il ne prête pas à controverse que la plainte pénale déposée par la requérante doit être considérée comme une dénonciation relevant de l'article 10 et que le licenciement en découlant ainsi que les décisions prises par les juridictions internes sur cette mesure s'analysent en une ingérence dans la liberté d'expression de l'intéressée. Cette ingérence était prévue par la loi et poursuivait un objectif légitime, à savoir la protection de la réputation et des droits d'autrui, en l'occurrence ceux de l'employeur de l'intéressée.

En ce qui concerne la proportionnalité de l'ingérence, la Cour estime que les principes et critères énoncés dans l'arrêt *Guja c. Moldova* ([GC], n° 14277/04, CEDH 2008), où était en cause un salarié du secteur public, sont transposables aux relations de travail de droit privé et qu'ils s'appliquent à la mise en balance du droit des employés de dénoncer un comportement illégal ou un acte illicite de leur employeur et du droit de celui-ci à la protection de sa réputation et de ses intérêts commerciaux. Eu égard à la vulnérabilité particulière des patients âgés et à la nécessité de prévenir des abus, les informations divulguées par la requérante présentaient indéniablement un intérêt public et satisfaisaient donc au premier des critères énoncés dans l'arrêt *Guja*. En ce qui concerne le deuxième critère, tenant à l'existence d'autres moyens de divulgation des informations, la Cour note que l'intéressée avait averti son employeur à maintes reprises qu'elle était surchargée de travail et qu'elle lui avait signalé le risque d'une action pénale avant de porter plainte. Si la qualification juridique du comportement de l'employeur de la requérante – abus de confiance aggravé – était mentionnée pour la première fois dans la plainte de l'intéressée, celle-ci avait déjà attiré son attention sur les faits sur lesquels cette plainte était fondée et son argument selon lequel il aurait été inutile de présenter d'autres plaintes internes n'a pas été réfuté. Quant au critère tenant à l'authenticité des informations divulguées, la Cour relève que les allégations de la requérante n'étaient pas dépourvues de fondement factuel – le comité de contrôle médical avait relevé les mêmes dysfonctionnements que ceux dénoncés par la requérante – et n'aperçoit aucune raison de penser que l'intéressée avait diffusé des informations inexactes de manière délibérée ou par imprudence. L'abandon de l'enquête préliminaire n'implique pas nécessairement que les allégations contenues dans la plainte étaient d'emblée dépourvues de fondement factuel ou frivoles. Par ailleurs, il n'y a aucune raison de douter de la bonne foi de la requérante, et donc du respect du quatrième critère. Même si l'intéressée avait formulé sa plainte en des termes quelque peu excessifs et généraux, ses allégations n'étaient pas entièrement dépourvues de base factuelle et ne relevaient pas d'une attaque gratuite dirigée



contre la personne de son employeur. En outre, la requérante ne s'est pas adressée aux médias et n'a pas distribué des tracts aussitôt après avoir compris qu'elle devait divulguer les faits litigieux à des tiers. Au lieu de cela, elle a consulté un avocat dans l'intention de porter plainte. En ce qui concerne le cinquième critère, tenant au préjudice causé à l'employeur, il n'est pas douteux que les allégations de l'intéressée ont porté atteinte à la réputation de la société qui l'employait. Toutefois, l'intérêt général s'attachant à la révélation des dysfonctionnements pouvant affecter la prise en charge institutionnelle des personnes âgées par une société publique revêt une importance telle qu'il prévaut sur la protection de la réputation professionnelle et des intérêts commerciaux de celle-ci. Enfin, s'agissant de la sévérité de la sanction, la Cour relève que la requérante s'est vu infliger la plus sévère des sanctions prévues par le droit du travail. Outre les répercussions négatives qu'elle a eues sur la carrière de l'intéressée, cette sanction a pu avoir un effet fortement dissuasif sur les autres employés de la société ainsi que sur les personnes travaillant dans le domaine des services infirmiers en général et les dissuader de signaler les dysfonctionnements affectant ce secteur, où les patients sont en général incapables de faire valoir leurs droits et où les membres du personnel infirmier sont les premiers informés des carences dans l'administration des soins. Il s'ensuit que le licenciement sans préavis de la requérante était disproportionné et que les tribunaux internes n'ont pas ménagé un juste équilibre entre la nécessité de protéger la réputation de l'employeur de l'intéressée et celle de protéger la liberté d'expression de la requérante.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour alloue une somme à l'intéressée au titre du dommage moral et des frais et dépens.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24

*Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, série A n° 236

*Haseldine c. Royaume-Uni*, n° 18957/91, décision de la Commission du 13 mai 1992, Décisions et rapports 73

*Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, série A n° 323

*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, CEDH 1999-III

*Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, 29 février 2000

*Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II

*Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01, CEDH 2007-V

*Guja c. Moldova* [GC], n° 14277/04, CEDH 2008

*Martchenko c. Ukraine*, n° 4063/04, 19 février 2009

*Koudechkina c. Russie*, n° 29492/05, 26 février 2009

*Balenović c. Croatie* (déc.), n° 28369/07, 30 septembre 2010



**En l'affaire Heinisch c. Allemagne,**

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

Dean Spielmann, *président*,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Ann Power,

Angelika Nußberger, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 21 juin 2011,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 28274/08) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Brigitte Heinisch (« la requérante »), a saisi la Cour le 9 juin 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Devant la Cour, la requérante a été représentée par M<sup>e</sup> B. Hopmann, avocat à Berlin. Le gouvernement allemand (« le Gouvernement ») a été représenté par son agente, M<sup>me</sup> Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*, du ministère fédéral de la Justice.

3. Dans sa requête, l'intéressée se plaignait notamment d'une atteinte à sa liberté d'expression résultant de son licenciement de ses fonctions d'infirmière gériatrique motivé par l'action pénale qu'elle avait engagée contre son employeur – auquel elle reprochait des carences dans l'administration de soins institutionnels – et du refus des tribunaux internes d'ordonner sa réintégration à l'issue de la procédure consécutive à ce licenciement.

4. Le 15 décembre 2009, le président de la cinquième section a résolu de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond de la requête.

5. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations sur la recevabilité et le fond de la requête. En outre, des observations ont été reçues de Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), un syndicat représentant les salariés du secteur des services, notamment ceux des soins infirmiers, que le président avait autorisé à intervenir dans la procédure écrite

(article 36 § 2 de la Convention et article 44 § 3 du règlement de la Cour) et qui a été représenté devant la Cour par MM. F. Bsirske et G. Herzberg, respectivement président et vice-président de son conseil d'administration. Les parties ont répondu à ces observations (article 44 § 6 du règlement).

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

6. La requérante est née en 1961 et réside à Berlin. Recrutée le 16 septembre 2000 en qualité d'infirmière gériatrique par Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH («Vivantes»), une société à responsabilité limitée dont le principal actionnaire est le *Land* de Berlin et qui est spécialisée dans les soins de santé, la gériatrie et la prise en charge des personnes âgées, elle y a travaillé jusqu'au 9 février 2005, date de son licenciement.

#### **A. Les événements ayant conduit au licenciement de la requérante**

7. En janvier 2002, la requérante fut affectée dans un foyer pour personnes âgées – dont certaines étaient alitées, souffraient de confusion ou avaient besoin de soins spécifiques – administré par Vivantes. En 2002, le comité de contrôle médical de la caisse d'assurance maladie (*Medizinischer Dienst der Krankenkassen* – «le MDK») releva de graves carences dans les soins assurés par cet établissement, qu'il imputa à un manque de personnel.

8. Entre le 24 janvier 2003 et le 19 octobre 2004, la requérante et ses collègues informèrent à plusieurs reprises la direction que l'insuffisance de leurs effectifs provoquait une surcharge de travail et les empêchait de s'acquitter correctement de leurs tâches. Ils lui signalèrent les carences qu'ils avaient relevées dans l'administration des soins, précisant que les rapports auxquels ceux-ci donnaient lieu ne reflétaient pas les prestations réellement effectuées. Le 18 mai 2003, l'intéressée notifia à la direction qu'elle n'était plus en mesure d'assumer la responsabilité de ces dysfonctionnements dus à un manque de personnel. Le 19 mai 2003, elle tomba malade et rechuta à plusieurs reprises par la suite, devenant partiellement inapte au travail. Elle obtint un certificat médical attestant que ses problèmes de santé étaient dus au surmenage.

9. En novembre 2003, une nouvelle inspection conduisit le MDK à constater de graves défaillances dans les prestations assurées par le foyer. Ayant relevé notamment que les effectifs y étaient insuffisants, que les normes qui y étaient appliquées n'étaient pas satisfaisantes, et que les soins administrés y étaient de piètre qualité, tout comme les rapports auxquels ils

donnaient lieu, le MDK menaça l'employeur de la requérante de rompre le contrat de services qui les liait. Le foyer connut une restructuration par la suite.

10. Après avoir à nouveau alerté son employeur, notamment en octobre 2004, la requérante retomba malade et se résolut à consulter un avocat.

11. Le 9 novembre 2004, l'avocat de l'intéressée écrivit à la direction de Vivantes pour lui signaler que l'état des effectifs du foyer ne permettait plus de garantir les soins d'hygiène des patients (*ausreichende hygienische Grundversorgung*). Il l'invita à lui indiquer comment elle entendait se prémunir contre la mise en cause de sa responsabilité pénale et empêcher que ses employés n'engagent la leur. Il l'avertit qu'elle n'aurait pas d'autre occasion d'éviter le dépôt d'une plainte pénale ainsi que la dénonciation publique de la situation litigieuse, et toutes les circonstances fâcheuses qui en résulteraient. Il lui enjoignit de répondre à sa lettre le 22 novembre 2004 au plus tard.

12. Le 18 novembre 2004, le MDK procéda à une inspection-surprise de l'établissement où travaillait la requérante. La question de savoir s'il avait alors qualifié l'état des effectifs de « critique » ou seulement de « problématique » a par la suite donné lieu à une controverse entre les parties.

13. Le 22 novembre 2004, la direction rejeta les accusations de la requérante.

14. Le 7 décembre 2004, l'avocat de l'intéressée déposa une plainte pénale contre Vivantes pour abus de confiance aggravé et invita le procureur à examiner les faits de la cause sous tous leurs aspects juridiques pertinents, précisant que la plainte visait aussi à prémunir sa cliente contre des poursuites pénales après les nombreux avertissements qu'elle avait adressés à Vivantes, lesquels n'avaient pas conduit à une amélioration des soins. Dans cette plainte, il alléguait que, faute d'employer des effectifs suffisants et d'appliquer des normes satisfaisantes dans le foyer, la société Vivantes manquait délibérément à son obligation d'assurer les soins de haute qualité vantés dans ses publicités, ne fournissait pas les prestations pour lesquelles elle était rémunérée et mettait ainsi les patients en danger. Il soutenait en outre qu'elle tentait systématiquement de dissimuler les problèmes qui se posaient et qu'elle incitait ses employés à falsifier les rapports de soins. Renvoyant au rapport établi par le MDK après la visite effectuée en 2003, il indiquait que la requérante était disposée à apporter son témoignage sur les mauvaises conditions de vie au foyer. La plainte contenait en outre des déclarations de la requérante portant sur la surcharge de travail et mentionnait l'existence d'un protocole établi au cours d'une réunion d'équipe enjoignant aux employés de Vivantes, sous peine de mesures disciplinaires, de ne pas faire

état auprès des patients et de leurs proches du sous-effectif et des contraintes de temps. Le passage pertinent de cette plainte se lisait ainsi :

« La société Vivantes GmbH, qui traverse des difficultés financières dont elle a bien conscience, trompe les familles des patients en leur faisant payer des sommes qui ne correspondent aucunement aux prestations fournies et que celles-ci ne justifient en rien. De cette manière, Vivantes GmbH s'enrichit en s'accommodant de l'insuffisance des soins de santé et d'hygiène. (...) Elle cherche systématiquement à dissimuler les problèmes qui se posent, au besoin en exerçant des pressions sur ses employés, qu'elle oblige à rédiger des rapports de soins qui ne reflètent pas la réalité des prestations fournies. (...) D'autres établissements connaissent des difficultés analogues: le préjudice qui en résulte est donc considérable. »

15. Le 10 décembre 2004, l'avocat de la requérante signala au conseil d'administration de Vivantes que le foyer était en situation de sous-effectif et qu'il ne satisfaisait pas aux normes d'hygiène en vigueur.

16. Le 5 janvier 2005, le parquet de Berlin mit fin à l'enquête préliminaire qui visait Vivantes, en application de l'article 170 § 2 du code de procédure pénale (*Strafprozessordnung* – voir « Droit et pratique internes pertinents » ci-dessous).

17. Par une lettre datée du 19 janvier 2005, la direction du foyer notifia à la requérante qu'elle la licenciait pour problèmes de santé récurrents et que ce licenciement prendrait effet le 31 mars 2005. L'intéressée contesta cette mesure devant le tribunal du travail de Berlin (*Arbeitsgericht*) (affaire n° 35 Ca 3077/05).

18. Par la suite, la requérante fit appel à des amis et à son syndicat, le Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di). Le 27 janvier 2005, ils diffusèrent des tracts intitulés comme suit :

« Vivantes essaie de nous intimider!

Refusons ce chantage!

Annulation immédiate du licenciement de notre collègue Brigitte, ancienne employée du forum pour les seniors de Vivantes

Appel à la création d'un groupe apolitique de solidarité. »

Il y était aussi indiqué que la requérante avait déposé une plainte qui n'avait toutefois pas conduit à l'ouverture d'une enquête pénale et qu'elle avait été licenciée pour raisons de santé. L'un des passages de ces tracts était ainsi libellé :

« A notre tour de réagir (...) Il est absurde que des opérateurs privés, dont le *Land* de Berlin est complice, détruisent notre force de travail (...) Vivantes abuse de façon flagrante de notre engagement social. (...) Ce n'est pas un simple licenciement! C'est une mesure disciplinaire tactique destinée à museler les employés (...) »

19. Le 31 janvier 2005, la requérante en adressa par télécopie un exemplaire au foyer qui l'employait, où il fut distribué. Ce fut à ce moment-là seulement que Vivantes apprit l'existence de la plainte déposée par l'intéressée.

20. Le 1<sup>er</sup> février 2005, Vivantes invita la requérante à s'expliquer à propos du tract, ce qu'elle refusa de faire. Le 4 février 2005, Vivantes informa le comité d'entreprise de son intention de licencier l'intéressée sans préavis. Le 8 février 2005, le comité d'entreprise lui répondit qu'il était opposé au licenciement envisagé.

21. Le 9 février 2005, Vivantes notifia à la requérante un licenciement avec prise d'effet immédiate ou au plus tard le 31 mars 2005, lui précisant qu'elle la soupçonnait d'être à l'origine de la rédaction et de la distribution du tract litigieux.

22. Par la suite, un nouveau tract faisant état du licenciement de la requérante fut imprimé et distribué, et le conflit fit l'objet d'un reportage télévisé et de deux articles publiés dans différents journaux.

23. Le 21 février 2005, l'enquête préliminaire visant Vivantes fut rouverte par le parquet de Berlin à la demande de la requérante.

24. Le 25 février 2005, l'intéressée contesta devant le tribunal du travail de Berlin le licenciement sans préavis qui lui avait été notifié le 9 février 2005 (affaire n° 39 Ca 4775/05).

25. Le 25 avril 2005, Vivantes notifia à nouveau à la requérante qu'elle était licenciée, ce qui donna ultérieurement lieu à une extension de l'objet du recours introduit par l'intéressée le 25 février 2005.

26. Le 12 mai 2005, la requérante fut entendue en qualité de témoin par le parquet dans le cadre de l'enquête préliminaire visant Vivantes. Le 26 mai 2005, l'enquête fut à nouveau clôturée, en application de l'article 170 § 2 du code de procédure pénale.

## **B. La procédure civile consécutive au licenciement sans préavis de la requérante**

27. Par un jugement du 3 août 2005 (affaire n° 39 Ca 4775/05), le tribunal du travail de Berlin déclara que le contrat de travail entre la requérante et Vivantes n'avait pas été rompu par le licenciement notifié le 9 février 2005, celui-ci n'étant pas justifié au sens de l'article 626 du code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) et de l'article 1 § 1 de la loi sur la protection contre les licenciements abusifs (*Kündigungsschutzgesetz* – voir «Droit et pratique internes pertinents» ci-dessous). Pour se prononcer

ainsi, il considéra que la rédaction et la diffusion du tract litigieux, dont le contenu était imputable à la requérante puisque celle-ci l'avait adressé à son employeur sans aucune explication, relevaient de la liberté d'expression de l'intéressée et ne s'analysaient pas en une violation par celle-ci de ses obligations au titre de son contrat de travail. Il ajouta que, quoique polémique, le tract était fondé sur des faits objectifs et n'avait pas bouleversé l'«atmosphère de travail» dans le foyer.

28. A l'issue d'une audience tenue le 28 mars 2006, la cour d'appel du travail de Berlin (*Landesarbeitsgericht*) rendit un arrêt infirmant la décision en question, jugeant que le licenciement se justifiait par la plainte pénale, dont le dépôt par la requérante constituait un « motif grave » de licenciement sans préavis au sens de l'article 626 § 1 du code civil et avait rendu impossible la poursuite de la relation de travail. Elle releva que, pour porter plainte, l'intéressée s'était imprudemment fondée sur des faits qu'elle n'avait pu prouver au cours de la procédure, estimant en particulier que le sous-effectif allégué n'autorisait pas la requérante à dénoncer un abus de confiance et que celle-ci n'avait pas établi que le personnel avait reçu l'ordre de falsifier les rapports de soins, ce qui expliquait aussi pourquoi le parquet n'avait pas ouvert d'enquête. Observant en outre que la requérante n'avait jamais tenté de faire examiner ses allégations au sein de l'entreprise et jugeant qu'elle avait voulu exercer une pression indue sur son employeur en portant l'affaire à la connaissance du public, la cour d'appel estima que le dépôt de la plainte constituait une réaction disproportionnée au refus de Vivantes de reconnaître la situation de sous-effectif. Elle souligna en outre que le foyer était contrôlé par le MDK, qui y avait effectué une nouvelle inspection le 18 novembre 2004, peu avant que la requérante ne portât plainte, plainte qui aurait été inutile si l'intéressée avait attendu les résultats de cette inspection. Enfin, rappelant les principes établis par la jurisprudence pertinente de la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht* – voir « Droit et pratique internes pertinents » ci-dessous), elle conclut que le comportement de la requérante ne relevait pas de l'exercice des droits constitutionnellement protégés et que celle-ci avait manqué à son devoir de loyauté à l'égard de son employeur.

29. Le 6 juin 2007, la Cour fédérale du travail rejeta le recours que l'intéressée avait formé contre le refus de se pourvoir en cassation qu'elle s'était vu opposer.

30. Par une décision non motivée du 6 décembre 2007 notifiée à la requérante le 12 décembre 2007, la Cour constitutionnelle fédérale refusa d'examiner le recours constitutionnel dont la requérante l'avait saisie.



## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

### A. Droit et pratique internes pertinents

#### 1. *Le dépôt d'une plainte pénale contre un employeur comme motif de licenciement*

31. A l'exception de certaines normes applicables à la dénonciation par les fonctionnaires de cas de corruption présumés, le droit allemand ne comporte aucune disposition générale réglementant les révélations faites par une personne, au sein d'une entreprise ou d'une institution, pour « donner l'alerte » sur une situation telle qu'un comportement illicite d'un employeur ou d'un employé. L'élaboration d'un projet de loi sur cette question a suscité des débats qui n'ont abouti à aucun résultat jusqu'à présent.

#### a) **Dispositions pertinentes du code civil allemand et de la loi sur la protection contre les licenciements abusifs**

32. A défaut de normes spécifiques, le licenciement sans préavis d'un employé ayant porté plainte contre son employeur peut se fonder sur l'article 626 § 1 du code civil, disposition qui autorise chacune des parties à un contrat de travail à y mettre fin sans préavis pour un « motif grave » (*wichtiger Grund*). Constitue un motif grave une situation telle que, après examen de l'ensemble des circonstances de la cause et mise en balance des intérêts des deux parties, on ne peut raisonnablement attendre de la partie à l'origine de la rupture du contrat de travail qu'elle en poursuive l'exécution jusqu'au terme du préavis ou l'expiration du délai convenu.

33. Selon l'article 1 § 1 de la loi sur la protection contre les licenciements abusifs, la rupture de la relation de travail par l'employeur est abusive si elle est socialement injustifiée. L'article 1 § 2 de ladite loi énonce que, pour être socialement justifiée, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur doit être motivée, entre autres, par des raisons tenant à la personne ou au comportement de l'employé ou par le fait que la poursuite de la relation de travail irait à l'encontre des exigences du fonctionnement de l'entreprise.

#### b) **Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale et de la Cour fédérale du travail**

34. Le 2 juillet 2001, la Cour constitutionnelle fédérale statua sur une affaire (n° 1 BvR 2049/00) où, à la demande du parquet, un employé lui avait remis des documents et avait témoigné dans le cadre d'une enquête

préliminaire ouverte *ex officio* contre son employeur. Elle jugea que le principe de l'Etat de droit s'opposait à ce qu'un citoyen puisse directement pâtir, sous l'angle du droit civil, de l'accomplissement de son devoir civique de témoigner pour les besoins d'une enquête criminelle. Dans un *obiter dictum*, elle déclara que, même dans le cas où un employé dénonçait son employeur aux autorités de poursuite de son propre chef, l'Etat de droit interdisait en principe que l'exercice de ce droit civique puisse justifier un licenciement sans préavis, sauf si l'employé avait fait état d'informations inexactes de manière délibérée ou par imprudence.

35. Dans un arrêt rendu le 3 juillet 2003 (affaire n° AZR 235/02) s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour fédérale du travail précisa les rapports existant entre les droits constitutionnels des employés et leur devoir de loyauté à l'égard de leur employeur. Elle réaffirma que, en dénonçant une infraction, un employé exerçait une voie de droit non seulement reconnue par l'ordre juridique, mais aussi prescrite par la Constitution. Elle en conclut que, dès lors que l'employé exerçait ce droit de bonne foi, l'inexactitude de ses allégations ou l'impossibilité d'en démontrer la véracité dans le cadre d'une procédure subséquente ne pouvaient lui nuire, ajoutant cependant qu'une plainte pénale déposée par l'employé ne devait pas constituer une réaction disproportionnée au comportement de l'employeur, à l'égard duquel il était tenu à la loyauté. Elle précisa que le caractère disproportionné d'une plainte pouvait se déduire des motifs sur lesquels elle était fondée, des mobiles de son auteur et de l'absence de signalement préalable des faits incriminés au sein de l'entreprise. Elle déclara que les mobiles de l'auteur de la plainte revêtaient une importance particulière, précisant qu'une plainte déposée dans la seule intention de nuire à un employeur ou de le « faire céder » pouvait passer pour une réaction disproportionnée selon le degré de gravité des allégations formulées. Par ailleurs, en ce qui concerne la question du signalement préalable des faits au sein de l'entreprise, elle déclara qu'il fallait examiner au cas par cas si l'on pouvait raisonnablement attendre de l'employé qu'il entreprenne une telle démarche, et que tel n'était pas le cas lorsque ce dernier avait connaissance d'un délit dont la non-dénonciation l'aurait exposé à des poursuites pénales, lorsqu'une infraction grave était en cause ou encore lorsque l'employeur lui-même était l'auteur de l'infraction dénoncée. Elle ajouta que le signalement préalable des faits au sein de l'entreprise n'était pas non plus requis lorsqu'il n'existait aucun espoir réel de résolution du problème, précisant qu'un employé ayant averti son employeur d'une pratique illicite était délié de son devoir de loyauté dès lors que ce dernier n'y avait pas remédié.

## 2. *Le code de procédure pénale*

36. L'article 170 du code de procédure pénale prévoit que l'enquête préliminaire peut s'achever de deux manières :

« 1) Si l'enquête fournit des motifs suffisants pour justifier une inculpation, le parquet adresse un acte d'inculpation au tribunal compétent.

2) Dans tous les autres cas, le parquet prononce la clôture de la procédure. Le procureur le notifie au prévenu si celui-ci a été entendu en cette qualité, si un mandat d'arrêt a été délivré contre lui, s'il en a fait la demande ou si une telle notification présente un intérêt particulier. »

## **B. Droit et pratique internationaux pertinents**

37. Dans sa Résolution 1729 (2010) relative à la protection des « donneurs d'alerte », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a reconnu l'importance des « donneurs d'alerte » – toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui –, qui permettent de renforcer la responsabilisation et de mieux lutter contre la corruption et la mauvaise gestion, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. Elle a invité tous les Etats membres à passer en revue leur législation sur la protection des donneurs d'alerte, en gardant à l'esprit les principes directeurs suivants :

« 6.1.1. la définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi à l'encontre de divers types d'actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables, ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées ;

6.1.2. la législation devrait donc couvrir les donneurs d'alerte des secteurs à la fois public et privé (...); et

6.1.3. elle devrait codifier les points pertinents dans les domaines du droit suivants :

6.1.3.1. droit du travail – en particulier protection contre les licenciements abusifs et les autres formes de représailles liées à l'emploi ;

(...)

6.2.2. Cette législation devrait protéger quiconque utilise, de bonne foi, les canaux internes existants pour donner l'alerte contre toute forme de représailles (licenciement abusif, harcèlement ou tout autre traitement discriminatoire ou sanction).

6.2.3. Lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte, ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte, il conviendrait de la même manière de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias.

6.2.4. Tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique.

(...)»

L'Assemblée a renvoyé à ces principes directeurs dans une recommandation connexe (1916 (2010)).

38. L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée se lit ainsi :

« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître :

a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ;

(...)

L'annexe à l'article 24 précise :

« 3. Aux fins de cet article, ne constituent pas des motifs valables de licenciement notamment :

(...)

c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes ;

(...)»

L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée a été ratifié par vingt-quatre des Etats membres du Conseil de l'Europe. L'Allemagne a signé la Charte, mais ne l'a pas encore ratifiée.

39. Les passages pertinents de l'article 5 de la Convention de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement (Convention de l'OIT n° 158 du 22 juin 1982) se lisent ainsi :

« Ne constituent pas des motifs valables de licenciement, notamment :

(...)

c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes ;

(...)»

Cette convention n'a pas été ratifiée par l'Allemagne.

40. D'autres instruments internationaux comportent des dispositions protégeant les donneurs d'alerte dans des contextes spécifiques, notamment celui de la lutte contre la corruption (voir la Convention pénale sur la

corruption et la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe ainsi que la Convention des Nations unies contre la corruption).

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

41. La requérante se plaint d'une atteinte à sa liberté d'expression résultant de son licenciement sans préavis motivé par sa plainte pénale contre son employeur et du refus des tribunaux internes d'ordonner sa réintégration à l'issue de la procédure consécutive à ce licenciement. Elle s'estime victime d'une violation de l'article 10 de la Convention, ainsi libellé :

« 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. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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 sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou 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, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

#### **A. Sur la recevabilité**

42. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

#### **B. Sur le fond**

##### *1. Sur l'existence d'une ingérence*

43. La Cour observe d'emblée que les parties conviennent que la plainte pénale déposée par la requérante s'analyse en une dénonciation d'un comportement prétendument illicite imputable à l'employeur de l'intéressée et que cet acte relève de l'article 10 de la Convention. Les parties s'accordent également à considérer que le licenciement qui s'en est ensuivi et que les

décisions des tribunaux internes auxquelles il a donné lieu sont constitutifs d'une ingérence dans la liberté d'expression de la requérante.

44. A cet égard, la Cour rappelle avoir jugé, dans certaines affaires mettant en cause la liberté d'expression des fonctionnaires, que l'article 10 s'étend à la sphère professionnelle (voir, par exemple, *Koudechkina c. Russie*, n° 29492/05, § 85, 26 février 2009, et *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 53, série A n° 323). Elle a précisé que cette disposition s'impose aussi lorsque, comme en l'espèce, les relations entre employeur et employé obéissent au droit privé, et que l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées (*Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 38, 29 février 2000).

45. En conséquence, la Cour estime que le licenciement de la requérante motivé par la plainte pénale que celle-ci avait déposée contre son employeur, licenciement dont les juridictions allemandes ont confirmé la validité, s'analyse en une ingérence dans la liberté d'expression de l'intéressée au titre de l'article 10 § 1 de la Convention.

46. Pareille ingérence enfreint l'article 10 si elle n'est pas « prévue par la loi », dirigée vers un but légitime au regard du paragraphe 2 de cette disposition et « nécessaire dans une société démocratique » pour l'atteindre.

*2. Sur la question de savoir si l'ingérence était « prévue » par la loi et poursuivait un but légitime*

47. Tout en reconnaissant que la rupture sans préavis d'un contrat de travail fondée sur l'article 626 § 1 du code civil peut poursuivre le but légitime que constitue la protection de la réputation ou des droits d'autrui, et plus précisément en l'espèce de la réputation et des intérêts professionnels de Vivantes, la requérante soutient que cette disposition ne comporte aucun critère d'appréciation de la légalité d'un licenciement fondé sur une dénonciation émanant d'un employé. Selon elle, l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 2 juillet 2001 et l'arrêt de la Cour fédérale du travail du 3 juillet 2003 (« Droit et pratique internes pertinents » ci-dessus) ne forment pas une jurisprudence précise et complète sur cette question. Les conditions d'un licenciement sans préavis motivé par le dépôt, par un employé, d'une plainte pénale contre son employeur n'étant pas suffisamment prévisibles, l'ingérence dans la liberté d'expression de l'intéressée découlant de cette mesure n'aurait pas été « prévue par la loi » au sens de l'article 10 § 2.

48. La Cour observe que l'article 626 § 1 du code civil autorise chacune des parties à un contrat de travail à y mettre fin sans préavis si un « motif grave » rend la poursuite de la relation de travail inacceptable pour la partie qui prend l'initiative de la rupture. Elle relève en outre que, selon les

décisions rendues par les juridictions internes sur la présente affaire et les arrêts de principe précités de la Cour constitutionnelle fédérale et de la Cour fédérale du travail, auxquels les parties ont renvoyé, le dépôt d'une plainte pénale contre un employeur peut justifier le licenciement d'un employé sur le fondement de cette disposition s'il s'analyse en une « violation grave » du devoir de loyauté de ce dernier. S'il appartient aux tribunaux internes de rechercher au cas par cas s'il y a eu ou non violation grave du devoir de loyauté, la Cour estime qu'un employé doit s'attendre à ce que le dépôt d'une plainte pénale contre son employeur puisse en principe constituer un motif grave de licenciement sans préavis au sens de l'article 626 § 1 du code civil. A cet égard, la Cour rappelle que la législation interne ne saurait parer à toute éventualité et qu'une disposition légale ne se heurte pas à l'exigence qu'implique la notion « prévue par la loi » du simple fait qu'elle se prête à plus d'une interprétation (*Vogt*, précité, § 48).

49. En conséquence, la Cour souscrit à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante était « prévue par la loi ». En outre, elle note que les parties s'accordent à reconnaître que cette ingérence poursuivait le but légitime que constitue la protection de la réputation et des droits d'autrui, et plus précisément en l'espèce de la réputation et des intérêts professionnels de Vivantes (*Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 94, CEDH 2005-II).

50. Il appartient à la Cour d'examiner si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique », notamment en recherchant s'il existait un rapport de proportionnalité entre l'ingérence et l'objectif poursuivi.

### *3. Sur la question de savoir si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique*

#### **a) Arguments des comparants**

##### *i. Thèse du Gouvernement*

51. Le Gouvernement soutient que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante est justifiée au regard de l'article 10 § 2, le licenciement sans préavis dont elle a fait l'objet étant une mesure proportionnée et nécessaire à la protection de la réputation et des droits de son employeur.

52. A cet égard, il fait valoir que, pour statuer sur le litige dont elles étaient saisies, les juridictions internes ont notamment retenu que la requérante n'avait pas informé l'entreprise de ses accusations de falsification des rapports de soins portées contre son employeur avant de déposer plainte. Selon lui, l'intéressée n'a jamais mentionné cette pratique ni accusé son employeur d'abus de confiance dans les nombreux avertissements qu'elle lui

avait adressés pour signaler l'insuffisance des services fournis et dans la lettre que son conseil avait adressée à la direction de Vivantes le 9 novembre 2004. L'accusation d'abus de confiance aurait été formulée pour la première fois dans la plainte pénale déposée par la requérante le 7 décembre 2004.

53. Les tribunaux internes auraient en outre estimé que l'intéressée avait imprudemment fondé sa plainte sur des faits qu'elle n'avait pu prouver au cours de la procédure subséquente. Cette plainte n'aurait pas été étayée par des éléments suffisamment précis pour permettre une vérification des allégations de la requérante, raison pour laquelle les autorités de poursuite auraient mis fin à l'enquête préliminaire pour absence de suspicion de commission d'une infraction (*Anfangsverdacht*). L'intéressée aurait refusé de préciser ses allégations et de citer d'autres témoins au cours de son audition par les autorités de poursuite après que celles-ci eurent rouvert l'enquête à sa demande, ce qui les aurait conduit à abandonner une nouvelle fois l'enquête. Dans le cadre de la procédure suivie devant les juridictions du travail, la requérante n'aurait pas davantage étayé ses allégations selon lesquelles le personnel avait reçu l'ordre d'établir des rapports sur des prestations fictives. Etant donné l'imprécision des accusations de l'intéressée et son refus d'en apporter les preuves, il aurait été impossible d'en vérifier la véracité. Dans ces conditions, les juridictions internes n'auraient pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en mettant en doute leur authenticité.

54. Lorsqu'elle a porté plainte contre Vivantes, la requérante n'aurait pas été animée par la volonté de révéler en toute bonne foi une infraction pénale dans l'intérêt général, mais de dénoncer une prétendue situation de sous-effectif et d'exercer une pression accrue sur son employeur en portant ses allégations à la connaissance du public. Elle aurait su que Vivantes faisait l'objet de visites de l'Inspection des foyers de Berlin et de contrôles du MDK, un organisme de surveillance indépendant, et qu'il était donc inutile de déposer une plainte pénale dénonçant une insuffisance de soins prétendument imputable à un manque de personnel. Elle aurait pu attendre que le MDK établisse son rapport sur la visite qu'il avait effectuée le 18 novembre 2004 avant de déposer sa plainte. Le fait qu'elle ait formulé sa plainte dans des termes vindicatifs et qu'elle ait diffusé des tracts accusant son employeur de cupidité après son licenciement refléterait ses véritables intentions. La lettre du 9 novembre 2004 par laquelle son avocat avait averti les dirigeants de Vivantes qu'ils ne pourraient éviter le dépôt d'une plainte et une « dénonciation publique certainement déplaisante » que s'ils remédiaient au prétendu manque de personnel dénoncé par sa cliente prouverait que celle-ci entendait exercer une pression sur son employeur.

55. Selon le Gouvernement, les juridictions internes auraient tenu compte des circonstances de l'affaire et des considérations exposées ci-dessus



pour ménager un juste équilibre entre deux intérêts publics, à savoir, d'une part, celui qui s'attache à la révélation des dysfonctionnements pouvant affecter le domaine délicat des soins gériatriques et, d'autre part, celui qui vise à préserver la confiance du public dans les services qui y sont fournis et à protéger les intérêts commerciaux et la prospérité des entreprises qui y opèrent. Elles en auraient conclu que ce dernier devait prévaloir en l'espèce. En outre, pour mettre en balance la liberté d'expression de la requérante et son devoir de loyauté à l'égard de son employeur, les tribunaux internes auraient appliqué des critères conformes à ceux énoncés par la Cour dans l'affaire *Guja c. Moldova* ([GC], n° 14277/04, §§ 69-78, CEDH 2008). Autrement dit, leur appréciation de ces questions relèverait de la marge d'appréciation reconnue aux Etats en matière d'ingérence dans la liberté d'expression.

*ii. Thèse de la requérante*

56. La requérante conteste la thèse du Gouvernement selon laquelle le dépôt de sa plainte pénale était prématuré. Elle soutient que, avant de porter plainte contre Vivantes, elle n'avait cessé pendant plus de deux ans d'alerter les services compétents de son entreprise sur les dysfonctionnements constatés. Toutes ses tentatives visant à attirer l'attention de la direction sur la situation dénoncée ayant échoué, l'intéressée en aurait conclu qu'il était vain de continuer à se plaindre auprès de son employeur dans l'espoir qu'il se pencherait sur ces dysfonctionnements et qu'il y remédierait. Elle se serait alors résolue en dernière extrémité à porter plainte, de manière à éviter la mise en cause de sa propre responsabilité pénale. La lettre rédigée le 9 novembre 2004 par le conseil de la requérante avertissant la direction de Vivantes que sa cliente avait l'intention de porter plainte aurait été motivée par les mêmes raisons.

57. Par ailleurs, la plainte pénale de l'intéressée n'aurait pas été frivole ou infondée. Dans ses nombreux avertissements adressés à Vivantes, la requérante aurait fait état de l'ensemble des faits ultérieurement dénoncés dans sa plainte, notamment l'ordre donné au personnel d'établir des rapports de soins ne reflétant pas la manière dont ceux-ci avaient été administrés. A l'issue de ses inspections de 2002 et 2003, le MDK aurait relevé les mêmes dysfonctionnements et les aurait imputés à un manque de personnel. Pour rédiger la plainte, l'avocat de l'intéressée aurait porté une appréciation juridique sur les faits litigieux et estimé qu'ils étaient constitutifs d'un abus de confiance, qualification que l'intéressée n'aurait pu critiquer faute d'être compétente en la matière. Au cours de la procédure subséquente, la

requérante aurait fourni d'autres éléments à l'appui de ses allégations pour les étayer dans toute la mesure du possible, bien qu'elle sût qu'elle risquait de s'incriminer elle-même et que Vivantes pouvait exercer des représailles en cas de nouvelle divulgation d'informations internes sur l'entreprise.

58. La requérante aurait porté plainte dans l'intention de dénoncer le risque que les mauvaises conditions de travail imposées aux employés du foyer faisaient courir à la santé de patients particulièrement vulnérables. La question de la sincérité des informations fournies sur le foyer n'aurait eu pour elle qu'une importance secondaire. Contrairement à ce qu'avance le Gouvernement, le contrôle exercé par le MDK n'aurait pas rendu inutile le dépôt d'une plainte pénale et l'intéressée n'aurait pas été mue par la volonté d'exercer une pression induue sur son employeur. Les remontrances adressées à Vivantes par le MDK au sujet de la situation du foyer n'ayant conduit à aucun changement, la requérante aurait estimé qu'une nouvelle inspection par cet organisme ne pouvait passer pour un remède effectif aux dysfonctionnements dénoncés. En tout état de cause, elle n'aurait pas eu le droit d'intervenir dans une telle inspection ni d'être informée des résultats de celle-ci.

59. Par ailleurs, la requérante se serait vu infliger un licenciement sans préavis, la plus lourde des sanctions prévues par le droit du travail, dont le prononcé ne se justifierait qu'en l'absence de sanctions moins sévères. Pour sa part, Vivantes n'aurait pas démontré avoir subi un réel préjudice du fait de la plainte déposée par l'intéressée.

60. En conclusion, le licenciement sans préavis infligé à la requérante aurait été disproportionné car non nécessaire à la protection de la réputation ou des droits de Vivantes. Les tribunaux internes n'auraient pas ménagé un juste équilibre entre l'important intérêt général qui s'attache à la révélation de carences dans la prise en charge de personnes âgées par une société publique et les droits de celle-ci.

*iii. Observations de la partie intervenante*

61. Le syndicat ver.di a fourni des informations sur l'organisation de la prise en charge institutionnelle des personnes âgées en Allemagne et les conditions de travail des employés de ce secteur. Ceux-ci se trouveraient fréquemment en situation de sous-effectif, ce qui entraînerait pour eux une surcharge de travail et une multiplication des heures supplémentaires. Dans maints foyers, les patients assignés à chacun des membres du personnel soignant seraient si nombreux que ceux-ci ne pourraient assurer que les soins de base. Le contrôle du MDK sur les foyers s'exercerait principalement sous la forme d'inspections annuelles mais cet organisme ne serait pas tenu

de consulter les employés lors de ses visites. Pourtant, ceux-ci seraient les premiers informés des carences affectant les soins administrés aux patients, raison pour laquelle ils devraient disposer de moyens effectifs pour les signaler et pouvoir dénoncer les violations des droits des patients sans avoir à craindre des représailles de la part de leur employeur.

## **b) Appréciation de la Cour**

### *i. Principes généraux applicables*

62. Les principes fondamentaux sur lesquels repose l'appréciation de la proportionnalité d'une ingérence dans la liberté d'expression sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et se résument comme suit (voir notamment *Steel et Morris*, précité, § 87) :

« (...) »

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut 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 à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...) »

63. Pour ce qui est de l'application de l'article 10 de la Convention à la sphère professionnelle, la Cour considère que la dénonciation, par des agents de la fonction publique, de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances. Pareille protection peut s'imposer lorsque l'employé ou le fonctionnaire concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion

publique (*Guja*, précité, § 72, et *Martchenko c. Ukraine*, n° 4063/04, § 46, 19 février 2009).

64. Il convient toutefois de garder à l'esprit que les employés sont tenus à un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers leur employeur (voir notamment *Martchenko*, précité, § 45). Si ce devoir de loyauté peut être plus accentué pour les fonctionnaires et les employés de la fonction publique que pour les salariés travaillant sous le régime du droit privé, il constitue sans nul doute aussi une composante de ce régime. En conséquence, la Cour considère, à l'instar du Gouvernement, que les principes et critères énoncés dans sa jurisprudence aux fins de la mise en balance du droit des employés d'exercer leur liberté d'expression en dénonçant un comportement ou un acte illicite de leur employeur avec le droit de celui-ci à la protection de sa réputation et de ses intérêts commerciaux sont également applicables en l'espèce. La nature et l'étendue de ce devoir de loyauté dans telle ou telle affaire ont des incidences sur la mise en balance des droits des employés avec les intérêts concurrents de leur employeur.

65. Eu égard au devoir de loyauté et de discrétion susmentionné, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement. Dès lors, pour juger du caractère proportionné ou non de la restriction imposée à la liberté d'expression de la requérante, la Cour doit examiner si l'intéressée disposait d'autres moyens effectifs de faire porter remède à la situation qu'elle jugeait critiquable (*Guja*, précité, § 73).

66. Pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression par rapport au but légitime poursuivi par cette mesure, la Cour doit également tenir compte d'un certain nombre d'autres facteurs. Premièrement, il lui faut accorder une attention particulière à l'intérêt public que présentait l'information divulguée. La Cour rappelle que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine des questions d'intérêt général (voir, entre autres, *Stoll c. Suisse* [GC], n° 69698/01, § 106, CEDH 2007-V).

67. Le deuxième facteur à prendre en compte dans cet exercice de mise en balance est l'authenticité de l'information divulguée. Il est loisible aux autorités compétentes de l'Etat d'adopter des mesures destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à des imputations diffamatoires dénuées de fondement ou formulées de mauvaise foi (*Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 46, série A n° 236). En outre, l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et responsabilités, et quiconque choisit de divulguer

des informations doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit (voir *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 65, CEDH 1999-III).

68. La Cour doit par ailleurs apprécier le poids respectif du dommage que la dénonciation litigieuse risquait de causer à l'employeur concerné et de l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette divulgation (*Guja*, précité, § 76).

69. La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection. Par exemple, un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé. Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question (*ibidem*, § 77).

70. Enfin, l'évaluation de la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but légitime poursuivi passe par une analyse attentive de la sanction infligée et de ses conséquences (*Fuentes Bobo*, précité, § 49).

*ii. Application en l'espèce des principes susmentionnés*

a) Sur l'intérêt public présenté par les informations divulguées

71. La Cour estime que les informations divulguées en l'espèce par la requérante présentaient indéniablement un intérêt public. Dans des sociétés dont une part toujours plus importante de la population âgée fait l'objet d'une prise en charge institutionnelle, la divulgation d'informations sur la qualité et les insuffisances de cette prise en charge revêt une importance capitale pour la prévention des abus en raison de la vulnérabilité particulière des patients concernés, qui ne sont pas toujours en mesure de signaler eux-mêmes les dysfonctionnements pouvant affecter les soins qui leur sont prodigués. Il en va d'autant plus ainsi lorsque la prise en charge institutionnelle est assurée par une entreprise publique, situation dans laquelle la confiance du public dans la capacité de l'Etat à dispenser comme il convient des soins de santé essentiels se trouve en jeu.

β) Sur le point de savoir si la requérante disposait ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation

72. En ce qui concerne le point de savoir si la requérante disposait ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation des informations litigieuses

et obtenir de son employeur des explications sur les faits dénoncés, la Cour note que, entre janvier 2003 et octobre 2004, l'intéressée avait averti ses supérieurs à maintes reprises qu'elle était surchargée de travail et que, par une lettre de son avocat en date du 9 novembre 2004, elle avait aussi signalé à la direction de Vivantes qu'elle envisageait de porter plainte. La Cour observe également que la qualification juridique du comportement de l'employeur de la requérante – abus de confiance aggravé – était mentionnée pour la première fois dans la plainte rédigée le 7 décembre 2004 par l'avocat de l'intéressée, mais que celle-ci avait déjà attiré l'attention de son employeur sur les faits à l'origine de la plainte ultérieurement déposée par elle – notamment l'inexactitude des rapports de soins – dans les avertissements qu'elle lui avait précédemment adressés. La Cour relève enfin que, dans sa plainte, la requérante avait invité les autorités de poursuite à examiner les faits qui y étaient décrits sous tous leurs aspects juridiques pertinents, qui ne se limitaient pas forcément à la qualification proposée, à savoir l'abus de confiance.

73. A cet égard, la Cour renvoie à l'arrêt précité rendu le 3 juillet 2003 par la Cour fédérale du travail (paragraphe 35 ci-dessus), selon lequel on ne peut raisonnablement attendre d'un employé qu'il signale d'abord à son employeur les faits qu'il lui reproche lorsqu'il a connaissance d'un délit dont la non-dénonciation l'exposerait à des poursuites pénales. Il ressort du même arrêt que le signalement préalable des faits au sein de l'entreprise n'est pas non plus requis lorsqu'il n'existe aucun espoir réel de résolution du problème, et qu'un employé ayant averti son employeur d'une pratique illicite est délié de son devoir de loyauté dès lors que ce dernier n'y a pas remédié. La Cour observe en outre que les principes directeurs de l'Assemblée parlementaire sur la protection des donneurs d'alerte («Droit et pratique internationaux pertinents» ci-dessus) suivent une approche semblable en énonçant qu'il convient de protéger celui qui utilise des voies externes lorsqu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que les voies internes fonctionnent correctement pour donner l'alerte.

74. La Cour estime que ces considérations valent également en l'espèce. La requérante avait le sentiment qu'aucune de ses plaintes précédentes auprès de son employeur n'avait conduit à une quelconque amélioration des conditions de travail dans le foyer qui l'employait et de la qualité des soins qui y étaient administrés. Elle avait aussi indiqué à ses supérieurs qu'elle craignait que la non-dénonciation des dysfonctionnements constatés dans la prise en charge des patients ne débouche sur la mise en cause de sa responsabilité pénale. Dans ces conditions, la Cour considère que le Gouvernement ne lui a pas fourni d'éléments suffisants pour réfuter l'allégation de la requérante selon laquelle il aurait été vain pour elle de continuer à se plaindre auprès de

son employeur dans l'espoir qu'il se pencherait sur ces dysfonctionnements et qu'il y remédierait.

75. La Cour relève par ailleurs que le droit allemand ne prévoit pas de mécanisme d'application spécifique qui permettrait de vérifier la réalité des faits dénoncés par les donneurs d'alerte et de demander à l'employeur de remédier à la situation.

76. Au vu de ce qui précède, la Cour considère que, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, l'utilisation de la voie externe de dénonciation que constitue le dépôt d'une plainte pénale était justifiée.

γ) Sur l'authenticité des informations divulguées

77. L'authenticité des informations divulguées constitue un autre facteur à prendre en compte dans cet exercice de mise en balance. La Cour rappelle que l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et responsabilités, et qu'une personne qui choisit de divulguer des informations doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit, en particulier lorsque cette personne est tenue, comme en l'espèce, à un devoir de réserve et de loyauté à l'égard de son employeur (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24, et *Haseldine c. Royaume-Uni*, n° 18957/91, décision de la Commission du 13 mai 1992, Décisions et rapports 73, pp. 213 et 236).

78. A cet égard, la Cour relève que, dans son arrêt du 2 juillet 2001, la Cour constitutionnelle fédérale a souligné que, même dans le cas où un employé dénonce son employeur aux autorités de poursuite de son propre chef, l'Etat de droit interdit en principe que l'exercice de ce droit civique puisse justifier un licenciement sans préavis, sauf si l'employé a fait état d'informations inexactes de manière délibérée ou par imprudence (affaire n° 1 BvR 2049/00). Or la cour d'appel du travail de Berlin a estimé que, dans sa plainte, la requérante s'était imprudemment fondée sur des faits qu'elle n'avait pu prouver dans le cadre de l'enquête préliminaire et de la procédure suivie devant les tribunaux du travail consécutives au dépôt de cette plainte.

79. Cela étant, la Cour observe que les dysfonctionnements énumérés dans la plainte de l'intéressée avaient déjà été dénoncés dans les avertissements qu'elle avait adressés à son employeur et que le MDK les avait lui aussi constatés lors de ses inspections de 2002 et de 2003, les imputant à un manque de personnel. Les allégations de la requérante n'étaient donc pas dépourvues de fondement factuel et rien ne donne à penser que l'intéressée ait divulgué des informations inexactes de manière délibérée ou imprudente. Dans ses conclusions écrites déposées devant les juridictions du travail pour les besoins de la procédure relative à son licenciement, la requérante a fourni

des précisions sur les dysfonctionnements en question. La Cour relève en outre que, selon l'exposé des faits figurant dans l'arrêt rendu le 28 mars 2006 par la cour d'appel du travail, la requérante a notamment allégué, lors de l'audience tenue le même jour par cette juridiction, qu'elle et d'autres membres du personnel avaient reçu l'ordre d'établir des rapports de soins qui ne correspondaient pas aux prestations réellement fournies. Sur ce point, l'intéressée a renvoyé aux dépositions de trois de ses collègues.

80. En ce qui concerne l'enquête pénale préliminaire consécutive au dépôt de plainte de l'intéressée, la Cour observe qu'il incombe au premier chef aux représentants de la loi de vérifier la véracité des allégations contenues dans une plainte pénale et que l'on ne saurait raisonnablement attendre de la personne l'ayant déposée de bonne foi qu'elle sache si l'enquête débouchera sur une inculpation ou sur un classement sans suite. A cet égard, la Cour renvoie à l'arrêt rendu par la Cour fédérale du travail le 3 juillet 2003 (précité), selon lequel l'inexactitude des allégations figurant dans une plainte pénale ou l'impossibilité d'en démontrer la véracité dans le cadre d'une procédure subséquente ne peuvent nuire à l'employé ayant exercé de bonne foi le droit constitutionnellement protégé de porter plainte. Elle relève en outre que les principes directeurs de l'Assemblée parlementaire relatifs à la protection des donneurs d'alerte suivent une approche semblable en énonçant que tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il apparaît par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique.

81. La Cour n'est pas convaincue par la thèse du Gouvernement selon laquelle le fait que l'intéressée n'ait pas précisé ses allégations ni cité d'autres témoins dans le cadre de l'enquête pénale ouverte contre Vivantes remet en cause la véracité des déclarations figurant dans sa plainte. La Cour observe que la requérante a expliqué qu'elle craignait de s'incriminer elle-même et de subir des représailles de la part de Vivantes en cas de divulgation d'autres informations internes sur l'entreprise. En tout état de cause, l'abandon de l'enquête préliminaire pour manque de preuves n'implique pas nécessairement que les allégations contenues dans la plainte étaient d'emblée dépourvues de fondement factuel ou frivoles.

δ) Sur la bonne foi de la requérante

82. L'intéressée soutient que la menace potentielle que les mauvaises conditions de travail au sein du foyer qui l'employait faisaient peser sur la santé de patients particulièrement vulnérables était la principale raison l'ayant incitée à porter plainte. Pour sa part, le Gouvernement avance que la



requérante avait pour véritable objectif de dénoncer une prétendue situation de sous-effectif et d'exercer un surcroît de pression sur son employeur en portant ses allégations à la connaissance du public. 83. Au vu des éléments dont elle dispose, et même à admettre que la requérante ait aussi été mue par la volonté d'améliorer ses conditions de travail, la Cour n'aperçoit aucune raison de douter que l'intéressée était de bonne foi, qu'elle était convaincue d'agir dans l'intérêt général en dénonçant un comportement prétendument illicite de son employeur au ministère public et qu'elle pensait ne pas avoir d'autres moyens, plus discrets, de remédier à la situation dénoncée.

84. La Cour ne souscrit pas à l'argument du Gouvernement voulant que l'intéressée eût dû savoir que les inspections régulières menées tant par l'Inspection des foyers de Berlin que par le MDK rendaient inutile le dépôt d'une plainte et que, en tout état de cause, elle eût pu attendre la publication par le MDK du rapport sur l'inspection réalisée le 18 novembre 2004 avant de porter plainte. La Cour relève que la requérante avait pu constater par elle-même que les remontrances adressées à Vivantes par le MDK au sujet de la situation du foyer n'avaient conduit à aucun changement et estime que l'intéressée a pu en conclure qu'une nouvelle inspection par cet organisme ne constituait pas un moyen efficace susceptible de remédier aux dysfonctionnements dénoncés et de lui éviter la mise en cause de sa propre responsabilité pénale. Après avoir adressé en vain de nombreux avertissements directs à Vivantes, la requérante semble avoir considéré que le dépôt d'une plainte pénale était l'ultime moyen dont elle disposait pour tenter de remédier aux dysfonctionnements constatés dans la prise en charge des patients. A cet égard, la Cour relève qu'une inspection ultérieure menée par le MDK en 2006 a donné lieu à un rapport soulignant que les carences déjà signalées dans des rapports établis en 2002, 2003 et 2004 persistaient et nécessitaient une réaction urgente.

85. Quant à la thèse du Gouvernement selon laquelle le caractère polémique des termes de la plainte de la requérante prouve que celle-ci avait pour véritable intention de dénoncer son employeur et d'exercer une pression sur lui, la Cour considère que, quoique formulées en des termes quelque peu excessifs et généraux, les allégations contenues dans cette plainte n'étaient pas entièrement dépourvues de fondement factuel (paragraphe 79 ci-dessus) et ne relevaient pas d'une attaque gratuite dirigée contre la personne de l'employeur de l'intéressée mais constituaient plutôt une description des graves insuffisances constatées dans le fonctionnement du foyer.

86. Cette conclusion est corroborée par le fait que, après avoir compris qu'elle devait divulguer les faits litigieux à des tiers, la requérante a préféré saisir d'abord le ministère public en vue de l'ouverture d'une enquête plutôt que de s'adresser immédiatement aux médias et de distribuer des tracts pour

susciter le maximum d'intérêt dans l'opinion publique (voir, *a contrario*, *Balenović c. Croatie* (déc.), n° 28369/07, 30 septembre 2010). Elle a sollicité l'assistance et les conseils d'un avocat, qui a rédigé la plainte après avoir procédé à une appréciation juridique des faits exposés par elle. Ce n'est qu'après son licenciement, intervenu le 19 janvier 2005, que la requérante a distribué des tracts accusant son employeur de cupidité et mentionnant la plainte déposée contre lui.

87. Les éléments exposés ci-dessus sont suffisants pour permettre à la Cour de conclure que l'intéressée était de bonne foi lorsqu'elle a porté plainte contre son employeur.

ε) Sur le préjudice causé à l'employeur

88. La Cour estime en revanche que les allégations contenues dans la plainte de la requérante, notamment les accusations d'abus de confiance, ont assurément porté atteinte à la réputation professionnelle et aux intérêts commerciaux de Vivantes.

89. A cet égard, la Cour rappelle qu'il existe un intérêt à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises, pour le bénéfice des actionnaires et des employés, mais aussi pour le bien économique au sens large (*Steel et Morris*, précité, § 94). En l'espèce, il convient de relever que l'employeur de la requérante est une société publique se consacrant notamment à la fourniture de prestations dans le secteur de la prise en charge institutionnelle des personnes âgées. Tout en reconnaissant que les entreprises publiques ont elles aussi intérêt à être viables sur le plan commercial, la Cour souligne que la protection de la confiance du public dans la qualité des prestations de services publics vitaux fournies par des sociétés appartenant à l'Etat ou administrées par lui revêt une importance capitale pour le fonctionnement et le bien économique de l'ensemble du secteur en question. Il est donc dans l'intérêt de l'actionnaire public lui-même d'examiner les carences alléguées dans ce secteur et de s'en expliquer dans le cadre d'un débat public ouvert.

90. Ces considérations conduisent la Cour à conclure que l'intérêt général s'attachant à la révélation des dysfonctionnements pouvant affecter la prise en charge institutionnelle des personnes âgées par une société publique revêt une importance telle, dans une société démocratique, qu'il prévaut sur la protection de la réputation professionnelle et des intérêts commerciaux de celle-ci.

ζ) Sur la sévérité de la sanction

91. Enfin, la Cour observe que la requérante s'est vu infliger la plus sévère des sanctions prévues par le droit du travail. Outre les répercussions négatives

qu'elle a eues sur la carrière de l'intéressée, cette sanction a pu avoir un effet fortement inhibiteur sur les autres employés de Vivantes, les dissuadant de signaler toute défaillance dans la prise en charge institutionnelle. L'effet dissuasif de cette sanction a pu toucher non seulement les employés en question, mais aussi les autres salariés du secteur des soins infirmiers en raison du retentissement médiatique donné à l'affaire. Il va à l'encontre des intérêts de l'ensemble de la société et la Cour doit en tenir compte pour apprécier la proportionnalité – et donc la justification – de la sanction infligée à la requérante, laquelle était en droit de porter l'affaire à la connaissance du public, comme la Cour en a déjà jugé (*Koudechkina*, précité, § 99). Il en va spécialement ainsi dans le secteur de la prise en charge des personnes âgées, où les patients sont généralement incapables de faire valoir eux-mêmes leurs droits et où les membres du personnel infirmier, qui sont les premiers informés des carences de cette prise en charge, sont les mieux placés pour agir dans l'intérêt général en alertant leur employeur et le grand public.

92. En conséquence, la Cour estime que le licenciement sans préavis de la requérante était d'une gravité disproportionnée dans les circonstances de l'espèce.

### *iii. Conclusion*

93. Eu égard à l'importance de la liberté d'expression sur des questions d'intérêt général, au droit des employés de dénoncer les comportements et les agissements répréhensibles constatés sur leur lieu de travail, aux devoirs et responsabilités des employés envers leur employeur et au pouvoir de direction des employeurs à l'égard de leurs employés, la Cour, après avoir pesé les divers autres intérêts ici en jeu, conclut que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante, en particulier dans son droit de communiquer des informations, n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

94. En conséquence, la Cour estime que les juridictions internes n'ont pas ménagé en l'espèce un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de préserver la réputation et les droits de l'employeur de la requérante et, d'autre part, la nécessité de protéger la liberté d'expression de celle-ci.

95. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

(...)

## III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

99. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« [s]i 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**

(...)

103. La Cour relève qu'il ne prête pas à controverse entre les parties que le contrat de travail de la requérante a pris fin lorsque l'intéressée a été licenciée avec préavis à compter du 31 mars 2005. Elle observe en outre que la requérante a elle-même reconnu qu'elle avait perçu une indemnité de maladie ainsi qu'une indemnité transitoire compensatrice de sa perte de salaire du 9 février au 31 mars 2005. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il n'est pas démontré que l'intéressée ait subi un dommage matériel au cours de cette période. La Cour n'aperçoit pas non plus de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué pour les périodes postérieures à la rupture de la relation de travail consécutive au licenciement de la requérante avec préavis à compter du 31 mars 2005. Dans ces conditions, la Cour rejette la demande d'indemnisation du préjudice matériel formulée par l'intéressée.

104. En revanche, la Cour estime que la requérante a subi un dommage moral. Statuant en équité, elle lui alloue 10 000 euros (EUR) de ce chef.

(...)

### **C. Intérêts moratoires**

108. 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. *Déclare* la requête recevable quant au grief tiré de l'article 10 de la Convention et irrecevable pour le surplus;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention;
3. *Dit*
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:
    - i. 10 000 EUR (dix mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,

(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 21 juillet 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek  
Greffière

Dean Spielmann  
Président



S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA  
*(Application no. 57813/00)*

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 3 NOVEMBER 2011<sup>1</sup>

---

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





SUMMARY<sup>1</sup>**Prohibition on the use of ova and sperm from donors for *in vitro* fertilisation****Article 8**

*Private and family life – Prohibition on the use of ova and sperm from donors for in vitro fertilisation – Interference – Protection of health – Protection of morals – Protection of the rights and freedoms of others – Necessary in a democratic society – Absence of sufficiently established European consensus – Sensitive moral and ethical issues raised by fast-moving medical and scientific developments – State’s wide margin of appreciation – Careful and cautious approach adopted by legislator – Need to keep artificial procreation under constant review by States*

\*

\* \*

The applicants were two married couples. As they were infertile, they sought to have recourse to medically assisted procreation. The only means by which they could have a child of which one of them was the genetic parent was by *in vitro* fertilisation using donor sperm (in the case of the first couple) or donor ova (in the case of the second couple). Both methods were illegal under the Austrian Artificial Procreation Act, which prohibited the use of sperm from a donor for *in vitro* fertilisation treatment and ovum donation in general. That Act did, however, allow other methods of assisted procreation, in particular *in vitro* fertilisation using ova and sperm from persons married to each other or living together as man and wife (homologous procreation techniques) and, in exceptional circumstances, sperm donation for *in vivo* fertilisation. The applicants lodged an application with the Constitutional Court, which held that there had been an interference with their right to respect for their family life, but that this was justified because it was designed to preclude both the creation of unusual family relationships (a child with two mothers, one the biological mother and the other the genetic mother) and the exploitation of women. In its judgment of 1 April 2010, a Chamber of the Court found a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 both in respect of the female applicants and the male applicants.

*Held*

Article 8: The right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose was protected by Article 8, as such a choice

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

was a form of expression of private and family life. Accordingly, that provision was applicable to the present case. The Court noted that the applicants had been denied medically assisted procreation as a result of the operation of a legal provision that they had unsuccessfully challenged before the domestic courts. The Court examined their complaint from the standpoint of an interference with the exercise of their right to use artificial procreation techniques. The impugned measure was prescribed by law and pursued the legitimate aims of the protection of health or morals and the protection of the rights and freedoms of others. Since the judgment of the Constitutional Court, many developments in medical science had taken place to which a number of Contracting States had responded in their legislation. However, the Court was not required to determine whether or not the prohibition of gamete donation was now justified under the Convention, but whether that measure was justified at the time when the Austrian Constitutional Court had examined the case. There was now a clear trend in the legislation of the Contracting States towards allowing gamete donation for the purpose of *in vitro* fertilisation, which reflected an emerging European consensus. That consensus was not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflected a stage of development within a particularly dynamic field of law and did not decisively narrow the margin of appreciation of the State. Since the use of *in vitro* fertilisation treatment had given rise then and continued to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touched on areas where there was not yet clear common ground among the member States, the Court considered that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one.

(a) *Ovum donation*: In an area as sensitive as that of artificial procreation, concerns based on moral considerations or on social acceptability of the techniques in question must be taken seriously. However, these were not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique such as ovum donation. Notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allowed the different legitimate interests involved to be adequately taken into account. The Austrian legislature had not completely ruled out artificial procreation as it had allowed the use of homologous techniques. Austrian law was based on the idea that medically assisted procreation had to remain as close as possible to natural conception in order to avoid possible conflicts between biological and genetic mothers in the wider sense. In adopting that approach, the legislature had tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine. Furthermore, it had established specific safeguards and precautions under the Artificial Procreation Act, namely, reserving the use of artificial procreation techniques to specialised medical doctors

who had particular knowledge and experience in this field and were themselves bound by the ethical rules of their profession, and statutorily prohibiting the remuneration of gamete donation. Those measures were intended to prevent potential risks of eugenic selection and their abuse and to prevent the risk of the exploitation of women in vulnerable situations as ovum donors. With regard to the concerns about creating relationships in which the social circumstances deviated from the biological ones, the institution of adoption had evolved over time and now provided a satisfactory legal framework for such relationships. Similarly, a legal framework satisfactorily regulating the problems arising from ovum donation could also have been adopted. However, the splitting of motherhood between a genetic mother and the mother who bore the child differed significantly from adoptive parent-child relations and had added a new aspect to the issue. The central question in terms of Article 8 of the Convention was not whether a different solution might have been adopted by the legislature that would arguably have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which it had, the Austrian legislature had exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article. In determining that question, the Court attached some importance to the fact that there was no sufficiently established European consensus as to whether ovum donation for *in vitro* fertilisation should be allowed. The prohibition of ovum donation by the Austrian legislature was therefore compatible with Article 8.

(b) *Sperm donation*: The same considerations were relevant for the prohibition of sperm donation. The fact that the Austrian legislature had enacted the Artificial Procreation Act prohibiting sperm and ovum donation for the purposes of *in vitro* fertilisation without at the same time proscribing sperm donation for *in vivo* fertilisation, which was a technique which had been tolerated for a long time and had become commonly accepted by society, was a matter of significance in the balancing of the respective interests and could not be considered solely in the context of the efficient policing of the prohibitions. It showed, rather, the careful and cautious approach adopted by the Austrian legislature in seeking to reconcile social realities with its approach of principle in this field. In that connection, there was no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment for infertility that used artificial procreation techniques not allowed in Austria and in the event of successful treatment the Civil Code contained clear rules on paternity and maternity that respected the wishes of the parents.

(c) *Conclusion*: Neither in respect of the prohibition of ovum donation for the purposes of artificial procreation nor in respect of the prohibition of sperm donation for *in vitro* fertilisation under section 3 of the Artificial Procreation Act had the Austrian legislature exceeded the margin of appreciation afforded to it at the relevant time. The Austrian Constitutional Court had observed that medical science at the time and the consensus existing in society were subject to developments that the legislature would have to take into account in future. However, the Austrian Parliament had not thus far undertaken a thorough review of the rules governing

artificial procreation, taking into account the relevant dynamic developments in science and society. Although the Court had concluded that there had been no violation of Article 8 in the present case, it observed that the area in question, in which the law appeared to be continuously evolving and which was subject to particularly dynamic scientific and legal developments, needed to be kept under constant review by the Contracting States.

*Conclusion:* no violation (thirteen votes to four).

### **Case-law cited by the Court**

- Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45  
*Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106  
*Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988, Series A no. 130  
*Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, Series A no. 251-B  
*Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, Series A no. 290  
*Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I  
*X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 April 1997, *Reports* 1997-II  
*Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, ECHR 2001-I  
*K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, ECHR 2001-VII  
*Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I  
*Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, ECHR 2002-I  
*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III  
*Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, ECHR 2002-IV  
*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI  
*P., C. and S. v. the United Kingdom*, no. 56547/00, ECHR 2002-VI  
*Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, ECHR 2003-III  
*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I  
*Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V  
*Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, ECHR 2008  
*Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010  
*J.M. v. the United Kingdom*, no. 37060/06, 28 September 2010  
*A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010

**In the case of S.H. and Others v. Austria,**

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

Jean-Paul Costa, *President*,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Elisabeth Steiner,

Elisabet Fura,

Danutė Jočienė,

Ján Šikuta,

Dragoljub Popović,

Ineta Ziemele,

Päivi Hirvelä,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Vincent A. De Gaetano, *judges*,

and Michael O’Boyle, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 23 February and 5 October 2011,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 57813/00) against the Republic of Austria lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by four Austrian nationals, Ms S.H., Mr D.H., Ms H.E.-G. and Mr M.G. (“the applicants”), on 8 May 2000. The President of the Grand Chamber acceded to the applicants’ request not to have their names disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicants were represented by Mr H.F. Kinz and Mr W.L. Weh, lawyers practising in Bregenz. The Austrian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ambassador H. Tichy, Head of the International Law Department at the Federal Ministry for European and International Affairs.

3. The applicants alleged in particular that the provisions of the Austrian Artificial Procreation Act prohibiting the use of ova from donors and sperm from donors for *in vitro* fertilisation, the only medical techniques by which they could successfully conceive children, violated their rights under Article 8 of the Convention read alone and in conjunction with Article 14.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1). On 15 November 2007 it was declared partly admissible by a Chamber of that Section, composed of Christos Rozakis, Loukis Loucaides, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Giorgio Malinverni, judges, and Søren Nielsen, Section Registrar. On 11 March 2010 a Chamber of that Section, composed of Christos Rozakis, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, judges, and André Wampach, Deputy Section Registrar, following a hearing on the merits (Rule 54 § 3), delivered a judgment in which it held, by six votes to one, that there had been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 as regards the first and second applicants, by five votes to two, that there had been a violation of those provisions as regards the third and fourth applicants and, unanimously, that it was not necessary to examine the application under Article 8 alone.

5. On 4 October 2010, following a request by the Government dated 1 July 2010, the panel of the Grand Chamber decided to refer the case to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

7. The applicants and the Government each filed observations (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from the German and Italian Governments and from the non-governmental organisations Hera ONLUS, the European Centre for Law and Justice, and Aktion Leben, who had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

8. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 February 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms B. Ohms,  
Mr M. Stormann,  
Mr G. Doujak,

*Deputy Agent,*  
  
*Advisers;*

(b) *for the applicants*

Mr H.F. Kinz,

M W.L. Weh,

Mr S. Harg,

Mr C. Eberle,

*Counsel,*

*Advisers.*

The Court heard addresses by Mr Weh, Mr Kinz and Ms Ohms.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicants were born in 1966, 1962, 1971 and 1971 respectively and live in L. and R.

10. The first applicant is married to the second applicant and the third applicant to the fourth applicant.

11. The first applicant suffers from fallopian-tube-related infertility (*eileiterbedingter Sterilität*). She produces ova, but, due to her blocked fallopian tubes, these cannot pass to the uterus, so natural fertilisation is impossible. The second applicant, her husband, is infertile.

12. The third applicant suffers from agonalism (*Gonadendysgenesie*), which means that she does not produce ova at all. Thus, she is completely infertile but has a fully developed uterus. The fourth applicant, her husband, in contrast to the second applicant, can produce sperm fit for procreation.

13. On 4 May 1998 the first and third applicants lodged an application (*Individualantrag*) with the Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof*) for a review of the constitutionality of sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act (*Fortpflanzungsmedizingesetz* – see paragraphs 27-34 below).

14. The applicants argued before the Constitutional Court that they were directly affected by the above provisions. The first applicant submitted that she could not conceive a child by natural means; thus, the only way open to her and her husband would be *in vitro* fertilisation using sperm from a donor. That medical technique was, however, ruled out by sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act. The third applicant submitted that she was infertile. As she suffered from agonalism, she did not produce ova at all. Thus, the only way open to her of conceiving a child was to resort to a medical technique of artificial procreation referred to as heterologous embryo transfer, which would entail implanting into her uterus an embryo conceived with ova from a donor and sperm from the fourth applicant. However, that method was not allowed under the Artificial Procreation Act.

15. The first and third applicants argued before the Constitutional Court that the impossibility of using the above-mentioned medical techniques for medically assisted conception amounted to a breach of their rights under Article 8 of the Convention. They also relied on Article 12 of the Convention and on Article 7 of the Austrian Federal Constitution, which guarantees equal treatment.

16. On 4 October 1999 the Constitutional Court held a public hearing in which the first applicant, assisted by counsel, participated.

17. On 14 October 1999 the Constitutional Court decided on the first and third applicants' request. It found that their request was partly admissible in so far as the wording concerned their specific case. In this respect, it found that the provisions of section 3 of the Artificial Procreation Act, which prohibited the use of certain procreation techniques, was directly applicable to the applicants' case without it being necessary for a decision by a court or administrative authority to be taken.

18. As regards the merits of their complaints, the Constitutional Court considered that Article 8 of the Convention was applicable in the applicants' case. Although no case-law of the European Court of Human Rights existed on the matter, it was evident, in the Constitutional Court's view, that the decision of spouses or a cohabiting couple to conceive a child and make use of medically assisted procreation techniques to that end fell within the sphere of protection under Article 8.

19. The impugned provisions of the Artificial Procreation Act interfered with the exercise of this freedom in so far as they limited the scope of permitted medical techniques of artificial procreation. As for the justification for such an interference, the Constitutional Court observed that the legislature, when enacting the Artificial Procreation Act, had tried to find a solution by balancing the conflicting interests of human dignity, the right to procreation and the well-being of children. Thus, it had enacted as leading features of the legislation that, in principle, only homologous methods – such as using ova and sperm from the spouses or from the cohabiting couple itself – and methods which did not involve a particularly sophisticated technique and were not too far removed from natural means of conception would be allowed. The aim of the legislature was to avoid the forming of unusual family relationships, such as a child having more than one biological mother (a genetic mother and one carrying the child), and to avoid the risk of the exploitation of women.

20. The use of *in vitro* fertilisation as opposed to natural procreation raised serious issues as to the well-being of children thus conceived, their health and their rights, and also touched upon the ethical and moral



values of society and entailed the risk of commercialisation and selective reproduction (*Zuchtauswahl*).

21. However, applying the principle of proportionality under Article 8 § 2 of the Convention, such concerns could not lead to a total ban on all possible medically assisted procreation techniques, as the extent to which public interests were concerned depended essentially on whether a homologous technique (having recourse to the gametes of the couple) or heterologous technique (having recourse to gametes external to the couple) was used.

22. In the Constitutional Court's view, the legislature had not overstepped the margin of appreciation afforded to member States when it established the permissibility of homologous methods as a rule and insemination using donor sperm as an exception. The choices the legislature had made reflected the then current state of medical science and the consensus in society. It did not mean, however, that these criteria were not subject to developments which the legislature would have to take into account in the future.

23. The legislature had also not neglected the interests of men and women who had to avail themselves of artificial procreation techniques. Besides strictly homologous techniques it had accepted insemination using donor sperm. Such a technique had been known and used for a long time and would not bring about unusual family relationships. Further, the use of these techniques was not restricted to married couples but also included cohabiting couples. However, the interests of the individuals concerned had to give way to the above-mentioned public interest when a child could not be conceived by having recourse to homologous techniques.

24. The Constitutional Court also found that for the legislature to prohibit heterologous techniques, while accepting as lawful only homologous techniques, was not in breach of the constitutional principle of equality which prohibits discrimination. The difference in treatment between the two techniques was justified because, as pointed out above, the same objections could not be raised against the homologous method as against the heterologous one. As a consequence, the legislature was not bound to apply strictly identical regulations to both. Also, the fact that insemination *in vivo* with donor sperm was allowed while ovum donation was not, did not amount to discrimination since sperm donation was not considered to give rise to a risk of creating unusual family relationships which might adversely affect the well-being of a future child.

25. Since the impugned provisions of the Artificial Procreation Act were in line with Article 8 of the Convention and the principle of equality under the Federal Constitution, there had also been no breach of Article 12 of the Convention.

26. This decision was served on the first and third applicants' lawyer on 8 November 1999.

## II. RELEVANT LEGAL MATERIALS

### A. Domestic law: the Artificial Procreation Act

27. The Artificial Procreation Act (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Federal Law Gazette no. 275/1992) regulates the use of medical techniques for inducing conception of a child by means other than copulation (section 1(1)).

28. These methods comprise: (i) introduction of sperm into the reproductive organs of a woman; (ii) unification of ovum and sperm outside the body of a woman; (iii) introduction of viable cells into the uterus or fallopian tube of a woman; and (iv) introduction of ovum cells or ovum cells with sperm into the uterus or fallopian tube of a woman (section 1(2)).

29. Medically assisted procreation is allowed only within a marriage or a relationship similar to marriage, and may only be carried out if every other possible and reasonable treatment aimed at inducing pregnancy through intercourse has failed or has no reasonable chance of success (section 2).

30. Under section 3(1), only ova and sperm from spouses or from persons living in a relationship similar to marriage (*Lebensgefährten*) may be used for the purpose of medically assisted procreation. In exceptional circumstances, namely if the spouse or male partner is infertile, sperm from a third person may be used for artificial insemination when introducing sperm into the reproductive organs of a woman (section 3(2)). This is called *in vivo* fertilisation. In all other circumstances, and in particular for the purpose of *in vitro* fertilisation, the use of donor sperm is prohibited.

31. Under section 3(3), ova or viable cells may only be used for the woman from whom they originate. Thus, ovum donation is always prohibited.

32. The further provisions of the Artificial Procreation Act stipulate, *inter alia*, that medically assisted procreation may only be carried out by specialised physicians and in specially equipped hospitals or surgeries (section 4) and with the express and written consent of the spouses or cohabiting persons (section 8).

33. In 1999 the Artificial Procreation Act was supplemented by a Federal Act establishing a fund for financing *in vitro* fertilisation treatment (*Bundesgesetz, mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird* – Federal Law Gazette, Part I, no. 180/1999) in order to subsidise *in vitro* fertilisation treatment allowed under the Artificial Procreation Act.

34. The issue of maternity and paternity is regulated in the Austrian Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Under Article 137b, introduced at the same time as the entry into force of the Artificial Procreation Act, the mother of a child is the woman who has given birth to that child. As regards paternity, Article 163 provides that the father of a child is the male person who has had sexual intercourse with the mother within a certain period of time (180 to 300 days) before the birth. If the mother has undergone medically assisted procreation treatment using sperm from a donor, the father is the person who has given his consent to that treatment, that is, the spouse or male partner. A sperm donor can in no circumstances be recognised as the father of the child.

### **B. The position in other countries**

35. The following overview of the law and practice concerning artificial procreation in Europe is based essentially on the following documents: “Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo: Comparative Study on the Situation in 39 States” (Council of Europe, 1998); the replies by the member States of the Council of Europe to the Steering Committee on Bioethics’ “Questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP” (Council of Europe, 2005); and a survey carried out in 2007 by the International Federation of Fertility Societies.

36. From this material it would appear that *in vitro* fertilisation treatment was (as at 2007) regulated by primary or secondary legislation in Austria, Azerbaijan, Bulgaria, Croatia, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Latvia, the Netherlands, Norway, the Russian Federation, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, Ukraine and the United Kingdom. In Belgium, the Czech Republic, Ireland, Lithuania, Malta, Poland, Serbia and Slovakia such treatment was governed by clinical practice, professional guidelines, royal or administrative decree or general constitutional principles.

37. The Council of Europe study sets out, in particular, the position of domestic law as regards seven different artificial procreation techniques: artificial insemination within a couple, *in vitro* fertilisation within a couple, artificial insemination by a sperm donor, ovum donation, ovum and sperm donation, embryo donation and intracytoplasmic sperm injection (an *in vitro* fertilisation procedure in which a single sperm is injected directly into an ovum).

38. It seems that among the countries which have regulated the issue of artificial procreation, sperm donation is currently prohibited in Italy,

Lithuania and Turkey. All three countries do not permit heterologous assisted fertilisation. Countries allowing sperm donation do not generally distinguish in their regulations between the use of sperm for artificial insemination and for *in vitro* fertilisation. As regards ovum donation, this is prohibited in Croatia, Germany, Norway and Switzerland, in addition to the three countries mentioned above.

39. It further appears that in a number of countries, such as Cyprus, Luxembourg, Poland, Portugal and Romania, where the matter was not regulated (as at 2007), the donation of both sperm and ova is used in practice.

40. A comparison between the Council of Europe study of 1998 and the survey conducted by the International Federation of Fertility Societies in 2007 shows that in the field of medically assisted procreation legal provisions are developing quickly. In Denmark, France and Sweden, sperm and ovum donation, which was previously prohibited, is now allowed since the entry into force of new legal provisions in 2006, 2004 and 2006 respectively. In Norway, sperm donation for *in vitro* fertilisation has been allowed since 2003, but not ovum donation. Since 2007, medically assisted procreation is also regulated by law in Finland allowing sperm and ovum donation.

### **C. Council of Europe instruments**

41. Principle 11 of the principles adopted in 1989 by the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), the expert body within the Council of Europe which preceded the present Steering Committee on Bioethics, states:

“1. In principle, *in vitro* fertilisation shall be effected using gametes of the members of the couple. The same rule shall apply to any other procedure that involves ova or *in vitro* or embryos *in vitro*. However, in exceptional cases defined by the member States, the use of gametes of donors may be permitted.”

42. The Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine of 1997 does not deal with the question of donation of gametes, but forbids the use of medically assisted reproduction techniques to choose the sex of a child. Article 14 reads as follows:

“The use of techniques of medically assisted procreation shall not be allowed for the purpose of choosing a future child’s sex, except where serious hereditary sex-related disease is to be avoided.”

43. The Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin of 2002, which promotes the donation of organs, expressly excludes from its scope reproductive organs and tissues.

#### **D. European Union instruments**

44. Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the setting of standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, which seeks to ensure the quality and safety aspects of human tissues and cells intended for human applications, provides in its Preamble as follows:

“12. This directive should not interfere with decisions made by member States concerning the use or non-use of any specific type of human cells, including germ cells and embryonic stem cells. If, however, any particular use of such cells is authorised in a member State, this directive will require the application of all provisions necessary to protect public health, given the specific risks of these cells based on the scientific knowledge and their particular nature, and guarantee respect for fundamental rights. Moreover, this directive should not interfere with provisions of member States defining the legal term ‘person’ or ‘individual’.”

### THE LAW

#### I. THE GOVERNMENT’S PRELIMINARY OBJECTION

45. The Government argued, as they had done before the Chamber, that the second and fourth applicants, the husbands of the first and third applicants respectively, had failed to exhaust domestic remedies as required by Article 35 of the Convention because they had failed to lodge an application themselves with the Constitutional Court for review of the constitutionality of section 3 of the Artificial Procreation Act.

46. This was disputed by the applicants, who referred to the decision on admissibility of 15 November 2007 in which the Court rejected the Government’s objection of non-exhaustion and which, in their view, settled this matter definitively.

47. The Grand Chamber observes that the Chamber rejected the Government’s objection of non-exhaustion as regards the second and fourth applicants in its decision on admissibility of 15 November 2007. In that decision it stated as follows:

“The Court reiterates that the application of the rule of exhaustion must make due allowance for the fact that it is being applied in the context of machinery for the protection of human rights that the Contracting Parties have agreed to set up. Accordingly, the Court has recognised that Article 35 § 1 must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism. The rule is neither absolute nor capable of being applied automatically. In reviewing whether it has been observed it is essential to have regard to the particular circumstances of each individual case. This

means amongst other things that the Court must take realistic account of the general legal and political context in which the remedies operate, as well as the personal circumstances of the applicant (see *Mentes and Others v. Turkey*, 28 November 1997, § 58, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII).

The Court observes that the first and third applicants applied to the Constitutional Court for a review of the constitutionality of section 3 of the Artificial Procreation Act. In these proceedings they showed that they had, together with their spouses, taken a firm decision to undergo a process of medically assisted procreation as given their medical condition natural conception of a child was not possible, and that they were therefore directly affected by the prohibition at issue. Although the second and fourth applicants, their spouses, did not participate in the proceedings before the Constitutional Court, their personal situation was intrinsically linked to that of their spouses. Thus, the Court finds it sufficient that the latter have instituted the proceedings and put their case and consequently also their spouses' case before the competent domestic court.

The Court therefore concludes that all the applicants have exhausted domestic remedies within the meaning of Article 35 § 1 of the Convention."

48. The Grand Chamber does not see any reason to come to a different conclusion from the Chamber. Accordingly, the Government's preliminary objection must be rejected.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

49. The applicants complained that the prohibition of heterologous artificial procreation techniques for *in vitro* fertilisation laid down by sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act had violated their rights under Article 8 of the Convention.

50. The relevant parts of Article 8 of the Convention provide:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family 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 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."

### A. The Chamber judgment

51. In its judgment of 1 April 2010, the Chamber held that there had been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 in respect of the first and second applicants as well as in respect of the third and fourth applicants.

52. The Chamber found that Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 was applicable to the case since the right of a

couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end came within the ambit of Article 8 as such a choice was clearly an expression of private and family life.

53. As regards compliance with Article 14, the Chamber observed that in view of the lack of a uniform approach to this question by the Contracting States and the nature of the sensitive moral and ethical issues involved, the Contracting States enjoyed a wide margin of appreciation in this field. This wide margin of appreciation in principle extended both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lay down in order to achieve a balance between the competing public and private interests. The Chamber examined the situation of the first and second applicants and the third and fourth applicants separately.

54. With regard to the situation of the third and fourth applicants, who needed ovum donation in order to fulfil their wish for a child, the Chamber found that concerns based on moral considerations or on social acceptability were not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique in general and that only in exceptional circumstances would such a complete ban be a proportionate measure. The Chamber found that in respect of the risks of ovum donation invoked by the Government, such as the risk of the exploitation of women, particularly those from economically disadvantaged backgrounds, or the “selection” of children, the Artificial Procreation Act itself already contained sufficient safeguards. In respect of the other specific concerns indicated by the Government, such as the creation of unusual family relationships by splitting motherhood between a genetic mother and a biological mother, these problems could be overcome by enacting appropriate legislation. The Chamber therefore concluded that there had been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8.

55. With regard to the situation of the first and second applicants, who needed sperm donation for *in vitro* fertilisation in order to fulfil their wish for a child, the Chamber observed, firstly, that this artificial procreation technique combined two techniques which, taken alone, were allowed under the Artificial Procreation Act, namely, *in vitro* fertilisation with ova and sperm of the couple itself on the one hand, and sperm donation for *in vivo* conception on the other hand. A prohibition of the combination of these lawful techniques thus required particularly persuasive arguments. Most of the arguments put forward by the Government were, however, not specific to sperm donation for *in vitro* fertilisation. As regards the Government’s argument that non-*in vitro* artificial insemination had been in use for some time, that it was easy to handle and its prohibition would therefore have been hard to monitor, the Chamber found that a question of mere efficiency

carried less weight than the particularly important interests of the private individuals involved and concluded that the difference in treatment at issue was not justified. The Chamber concluded that there had been a violation of Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8 in that respect as well.

## **B. The parties' submissions**

### *1. The applicants*

56. In the applicants' view, Article 8 of the Convention was applicable in their case. They submitted further that the impugned legislation constituted a direct interference with their rights under Article 8 because, in the absence of such legislation, the medical treatment they were seeking – *in vitro* fertilisation with donated ova or sperm – would have been a common and readily available medical technique which had made considerable progress over the previous years and had become far more reliable than in the past. Thus, there was no question of a positive obligation, but of a classic case of interference, which was not necessary in a democratic society and was disproportionate.

57. Because of the special importance of the right to found a family and the right to procreation, the Contracting States enjoyed no margin of appreciation at all in regulating these issues. The decisions to be taken by couples wishing to make use of artificial procreation concerned the most intimate sphere of their private life and therefore the legislature should show particular restraint in regulating these matters.

58. All the arguments raised by the Government were against artificial procreation in general and were therefore not persuasive when it came to allowing some procreation techniques while rejecting others. The risk of the exploitation of female donors, to which the Government referred, was not relevant in circumstances such as those in the present case. To combat any potential abuse, it would be sufficient to forbid remunerated ovum or sperm donation; such a prohibition already existed in Austrian legislation. Also, the argument that ovum donation led to unusual family relationships in which motherhood of a child conceived through artificial procreation was split between the genetic mother and the mother who gave birth to the child and led to emotional stress for the child was not persuasive, as today many children grew up in family situations in which they were genetically related to only one of the parents.

59. The applicants submitted further that the system applied under the Artificial Procreation Act was incoherent and illogical, since there was no



blanket prohibition on heterologous forms of medically assisted procreation because exceptions were made for sperm donation in relation to specific techniques. The reasons for this difference in treatment were not persuasive. In this context, it should be noted that there existed a public fund for financing *in vitro* fertilisation, apparently because use of this technique was in the public interest, while at the same time severe restrictions were imposed on its use.

60. With regard to the legal situation of artificial procreation in the Contracting States, the applicants argued that there was now a consensus that ovum and sperm donation should be allowed. Thus, the prohibition of ovum and sperm donation under Austrian law was in breach of Article 8 of the Convention.

## 2. *The Government*

61. As regards the applicability of Article 8 of the Convention, the Government referred to the findings of the Constitutional Court that the private life aspect within the meaning of Article 8 § 1 also covered the desire of couples or life companions to have children as one of the essential forms of expression of their personality as human beings. They therefore accepted that Article 8 was applicable to the proceedings at issue.

62. In the Government's view, the question whether the measure at issue should be deemed to be an interference by a public authority or an alleged breach of a positive duty could be left open because both obligations were subject to the same principles. In both instances a fair balance had to be struck between the competing private and public interests and in both contexts the State enjoyed a certain margin of appreciation, which, in the absence of a common standard established by the Contracting States, was a particularly wide one. In any event, the prohibition at issue had a legal basis in domestic law and pursued a legitimate aim, namely, the protection of the rights of others, in particular potential donors.

63. In the Government's view, the central issue in the case was not whether there could be any recourse at all to medically and technically assisted procreation and what limits the State could set in that respect, but to what extent the State must authorise and accept the cooperation of third parties in the fulfilment of a couple's wish to conceive a child. Even though the right to respect for private life also comprised the right to fulfil the wish for a child, it did not follow that the State was under an obligation to permit indiscriminately all technically feasible means of reproduction or even to provide such means. In making use of the margin of appreciation afforded to them, the States had to decide for themselves what balance should be

struck between the competing interests in the light of the specific social and cultural needs and traditions of their countries.

64. The Austrian legislature, taking into account all the interests concerned, had struck a fair balance in line with Article 8 of the Convention. Such a balance allowed for medically assisted procreation while at the same time providing for certain limits where the stage reached in medical and social development did not yet permit the legal authorisation of *in vitro* fertilisation with the sperm or ova of third persons, as desired by the female applicants. The Artificial Procreation Act was therefore characterised by the intention to prevent negative repercussions and potential misuse and to employ medical advances for therapeutic purposes only and not for other objectives such as the “selection” of children, as the legislature could not and should not neglect the existing unease among large sections of society about the role and possibilities of modern reproductive medicine.

65. After thorough preparation the legislature had found an adequate solution for the matter which took into account human dignity, the well-being of the child and the right to procreation. *In vitro* fertilisation opened up far-reaching possibilities for a selective choice of ova and sperm, which might ultimately lead to selective reproduction (*Zuchtauswahl*). This raised fundamental questions regarding the health of children thus conceived and born, touching essentially upon the general ethical and moral values of society.

66. In the debate in Parliament it had been pointed out that ovum donation depended on the availability of ova and might lead to problematic developments, such as the exploitation and humiliation of women, in particular those from economically disadvantaged backgrounds. There was also the risk that pressure might be put on women undergoing *in vitro* fertilisation to provide more ova than strictly necessary for their own treatment to enable them to pay for it.

67. *In vitro* fertilisation also raised the question of unusual family relationships in which the social circumstances deviated from the biological ones, namely, the division of motherhood into a biological aspect and an aspect of “carrying the child”, and perhaps also a social aspect. Lastly, account also had to be taken of the child’s legitimate interest in being informed about his or her actual descent, which, with donated sperm and ova, would in most cases be impossible. Where sperm or ova were donated within the framework of medically assisted procreation, the actual parentage of a child was not revealed in the register of births, marriages and deaths and the protective legal provisions governing adoptions were ineffective in the case of medically assisted procreation.

68. The reasons for allowing *in vivo* artificial insemination, as set out in the explanatory report to the Government's bill on the Artificial Procreation Act, were that because it was such an easily applicable procreation method, compared with others, it could not be monitored effectively. That technique had also already been in use for a long time. Thus, a prohibition of this simple technique would not have been effective and, consequently, would not constitute a suitable means of pursuing the objectives of the legislation effectively.

### C. The third-party interveners

#### 1. *The German Government*

69. The German Government submitted that under section 1(1) of the German Embryo Protection Act (*Embryonenschutzgesetz*) it was a punishable offence to place inside a woman an ovum not produced by her.

70. This prohibition was intended to protect the child's welfare by ensuring the unambiguous identity of the mother. Splitting motherhood into a genetic and a biological mother would result in two women having a part in the creation of a child and would run counter to the established principle of unambiguousness of motherhood which represented a fundamental and basic social consensus. Split motherhood was contrary to the child's welfare because the resulting ambiguousness of the mother's identity might jeopardise the development of the child's personality and lead to considerable problems in his or her discovery of identity.

71. There was also the danger that the biological mother, being aware of the genetic background, might hold the ovum donor responsible for any illness or handicap of the child and reject him or her. Another conflict which might arise and strain the genetic and biological mothers' relationships with the child was that a donated ovum might result in the recipient getting pregnant while the donor herself failed to get pregnant by means of *in vitro* fertilisation. For all these reasons split motherhood constituted a serious threat to the welfare of the child which justified the existing prohibitions under the Embryo Protection Act.

#### 2. *The Italian Government*

72. The Italian Government submitted that Italian legislation concerning medically assisted procreation differed fundamentally from Austrian legislation. Italian law prohibited generally the use of any heterologous methods of medically assisted procreation and, as regards homologous

methods, made access to such treatment conditional on the couple being infertile.

73. In the view of the Italian Government, Article 8 did not protect a person's or a couple's right to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose. Thus, there was no positive obligation under that provision for Contracting States to make available to infertile couples all existing medical techniques of procreation. The lack of a European consensus on the question of medically assisted procreation conferred a wide margin of appreciation on the Contracting States, allowing them to make their own policy decisions on such a complex matter that had far-reaching scientific, legal, ethical and social implications. *In vitro* fertilisation, which had a direct effect on human life and the foundations of society, was clearly a highly sensitive matter on which no European consensus had been reached. Medically assisted procreation also involved serious risks. Gamete donation might lead to pressure on women on moderate incomes and encourage trafficking of ova. Scientific studies also showed that there was a link between *in vitro* fertilisation treatment and premature births. Lastly, to call maternal filiation into question by splitting motherhood would lead to a weakening of the entire structure of society.

### 3. *Hera ONLUS and SOS Infertilità Onlus*

74. Hera ONLUS and SOS Infertilità Onlus argued that infertility had to be addressed as a human health issue. A limitation of access to heterologous *in vitro* fertilisation constituted a denial of access to available treatment and therefore an interference with the rights guaranteed by Article 8 of the Convention. In their view, a prohibition of access to heterologous medically assisted procreation was not necessary in order to prevent repercussions on a child's psychological and social development. In view of the strict regulations on quality standards and monitoring established by the European Union, a complete ban on access to different types of heterologous treatment was not the best means available for striking a fair balance between the competing interests involved. There was also a further negative side-effect of the ban, namely the phenomenon of "procreative tourism", which meant that couples seeking infertility treatment abroad were exposed to the risk of low-quality standards and of suffering from considerable financial and emotional stress.

### 4. *The European Centre for Law and Justice*

75. The European Centre for Law and Justice submitted that there was no positive obligation on member States to provide for medically assisted procreation techniques under the Convention. But even assuming

that, by refusing to allow heterologous *in vitro* fertilisation treatment, the State interfered with the rights under Article 8 of the Convention, such interference was proportional.

76. In its view, the Contracting States had a wide margin of appreciation regarding sensitive moral and ethical issues, since there was no European consensus on the matter. The European Centre for Law and Justice emphasised that Austria did not impose a blanket ban on medically assisted procreation, but allowed certain methods while other methods that were not allowed in Austria were readily available abroad. Moreover, couples suffering from infertility could also fulfil their wish for a child by adopting one.

#### 5. *Aktion Leben*

77. *Aktion Leben* argued that *in vitro* fertilisation treatment using gametes by donors, in particular ova, led to considerable medical risks and led to the sensitive and problematic question of multiple parenthood. Moreover, ovum donation would increase the risk of the exploitation of women and the commercialisation of the female body, and necessitated a very risky medical intervention for the donors. The unusual family relationships thus created could adversely affect existing family and social relationships. *In vitro* fertilisation treatment might also lead to problems of identity of the child so conceived and, in the case of sperm donation, could create the risk of trauma for a child wanting to establish relations with his or her biological father.

### D. The Court's assessment

#### 1. *Applicability of Article 8*

78. The Government accepted that Article 8 was applicable to the case. In that connection, they referred to the findings of the Constitutional Court, which, in its judgment of 14 October 1999, held that the decision of spouses or a cohabiting couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation techniques for that purpose came within the scope of their right to respect for their private lives and accordingly fell within the sphere of protection of Article 8.

79. The applicants agreed with the Government as to the applicability of Article 8 of the Convention.

80. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, *inter alia*, the right to establish and develop relationships with

other human beings (see *Niemietz v. Germany*, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B), the right to “personal development” (see *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I) or the right to self-determination as such (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). It encompasses elements such as gender identification, sexual orientation and sexual life, which fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45, and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, 19 February 1997, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I), and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I, and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010).

81. In *Dickson v. the United Kingdom*, which concerned the refusal to provide the applicants – a prisoner and his wife – with facilities for artificial insemination, the Court found that Article 8 was applicable in that the refusal of artificial insemination facilities at issue concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V, with further references).

82. The Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life. Article 8 of the Convention therefore applies to the present case.

## 2. *Positive obligation or interference with a right?*

83. In *X, Y and Z v. the United Kingdom* (22 April 1997, § 44, *Reports* 1997-II) the Court observed that there existed no generally shared approach among the High Contracting Parties with regard to the manner in which the social relationship between a child conceived by artificial insemination by donor and the person who performed the role of father should be reflected in law. Indeed, according to the information available to the Court, although the technology of medically assisted procreation had been available in Europe for several decades, many of the issues to which it gave rise, particularly with regard to the question of filiation, remained the subject of debate. For example, there was no consensus among the member States of the Council of Europe on the question whether the interests of a child conceived in such a way were best served by preserving the anonymity of the donor of the sperm or whether the child should have the right to know the donor’s identity (*ibid.*). It concluded that the issues of the case

touched upon areas where there was little common ground among the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appeared to be in a transitional stage (*ibid.*).

84. The above judgment was given in 1997, shortly before the applicants, in May 1998, lodged an application with the Austrian Constitutional Court for a review of the constitutionality of sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act in the present case. From the material at the Court's disposal, it appears that since the Constitutional Court's decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts. However, it is not for the Court to consider whether the prohibition of sperm and ovum donation at issue would or would not be justified today under the Convention. The issue for the Court to decide is whether these prohibitions were justified at the time they were considered by the Austrian Constitutional Court (see *J.M. v. the United Kingdom*, no. 37060/06, § 57, 28 September 2010; and, *mutatis mutandis*, *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 91, ECHR 2008; and *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 106, ECHR 2010). However, the Court is not prevented from having regard to subsequent developments in making its assessment.

85. The next step in analysing whether the impugned legislation was in accordance with Article 8 of the Convention is to identify whether it gave rise to an interference with the applicants' right to respect for their private and family lives (the State's negative obligations) or a failure by the State to fulfil a positive obligation in that respect.

86. The applicants argued that the impugned legislation constituted a direct interference with their rights under Article 8 because, in the absence of such legislation, the medical treatment they were seeking – *in vitro* fertilisation with donated ova or sperm – was a common and readily available medical technique. In the Government's view, the question whether the measure at issue should be deemed to be an interference by a public authority or an alleged breach of a positive duty could be left open because both obligations were subject to the same principles.

87. The Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting 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 and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of

individuals between themselves. The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests (see *Odièvre v. France* [GC], no. 42326/98, § 40, ECHR 2003-III, and *Evans*, cited above, § 75).

88. In the Grand Chamber's view, the legislation in question can be seen as raising an issue as to whether there exists a positive obligation on the State to permit certain forms of artificial procreation using either sperm or ova from a third party. However, the matter can also be seen as an interference by the State with the applicants' rights to respect for their family life as a result of the prohibition under sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act of certain techniques of artificial procreation that had been developed by medical science but of which they could not avail themselves because of that prohibition. In the present case, the Court will approach the case as one involving an interference with the applicants' right to avail themselves of techniques of artificial procreation as a result of the operation of sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act since they were in fact prevented from doing so by the operation of the law that they unsuccessfully sought to challenge before the Austrian courts. In any case, as noted above, the applicable principles regarding justification under Article 8 § 2 are broadly similar for both analytical approaches adopted (see *Evans*, cited above, § 75, and *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, § 49, Series A no. 290).

### 3. *Compliance with Article 8 § 2*

89. Such interference will be in breach of Article 8 of the Convention unless it can be justified under paragraph 2 of Article 8 as being "in accordance with the law", pursuing one or more of the legitimate aims listed therein, and being "necessary in a democratic society" in order to achieve the aim or aims concerned.

#### (a) **In accordance with the law and legitimate aim**

90. The Court considers that the measure at issue was provided for by law, namely section 3 of the Artificial Procreation Act, and that it pursued a legitimate aim, namely the protection of health or morals and the protection of the rights and freedom of others. This is not in dispute between the parties, who concentrated their arguments on the necessity of the interference.



**(b) Necessity in a democratic society and the relevant margin of appreciation**

91. In that connection, the Court reiterates that in order to determine whether the impugned measures were “necessary in a democratic society” it has to consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify them were relevant and sufficient for the purposes of Article 8 § 2 (see, among many other authorities, *Olsson v. Sweden (no. 1)*, 24 March 1988, § 68, Series A no. 130; *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 154, ECHR 2001-VII; *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 65, ECHR 2002-I; and *P., C. and S. v. the United Kingdom*, no. 56547/00, § 114, ECHR 2002-VI).

92. In cases arising from individual applications the Court’s task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it (see *Olsson (no. 1)*, cited above, § 54). Consequently, the Court’s task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating matters of artificial procreation.

93. The applicants argued that because of the special importance of the right to found a family and the right to procreation, the Contracting States enjoyed no margin of appreciation at all in regulating these issues.

94. The Court reiterates that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when deciding any case under Article 8 of the Convention. Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see *Evans*, cited above, § 77, and the cases cited therein). 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 the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see *Evans*, cited above, § 77; *X, Y and Z v. the United Kingdom*, cited above, § 44; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 232). By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the “exact content of the requirements of morals” in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them (see *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 232, with further references). There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to strike

a balance between competing private and public interests or Convention rights (see *Evans*, cited above, § 77, and *Dickson*, cited above, § 78).

95. In that connection, the Court observes that, according to the study “Medically Assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo: Comparative Study on the Situation in 39 States” compiled by the Council of Europe in 1998 on the basis of replies by the member States of the Council of Europe to the Steering Committee on Bioethics, ovum donation was expressly prohibited in Austria, Germany, Ireland, Norway, Slovakia, Slovenia, Sweden and Switzerland and sperm donation was prohibited in Austria, Germany, Ireland, Norway and Sweden. At present, sperm donation is prohibited, in addition to Austria, in only three countries: Italy, Lithuania and Turkey, while ovum donation is prohibited in these countries and in Croatia, Germany, Norway and Switzerland. However, legislation in that field, if it exists at all, varies considerably. While medically assisted procreation is regulated in detail in some countries, it is regulated only to a certain extent in others and in some other countries not at all.

96. The Court would conclude that there is now a clear trend in the legislation of the Contracting States towards allowing gamete donation for the purpose of *in vitro* fertilisation, which reflects an emerging European consensus. That emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State.

97. Since the use of *in vitro* fertilisation treatment gave rise then and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the present case touch on areas where there is not yet clear common ground among the member States, the Court considers that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State must be a wide one (see *X, Y and Z v. the United Kingdom*, cited above, § 44). The State’s margin in principle extends both to its decision to intervene in the area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests (see *Evans*, cited above § 82). However, this does not mean that the solutions reached by the legislature are beyond the scrutiny of the Court. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices. In order to do so, the Court finds that the situation of the

first and second applicants and that of the third and fourth applicants have to be examined separately. The Court considers that it is appropriate to start the examination with the third and fourth applicants.

(c) **The third and fourth applicants (ovum donation)**

98. The third applicant is completely infertile, while her husband, the fourth applicant, can produce sperm fit for procreation. It is not in dispute that, owing to their medical condition, only *in vitro* fertilisation with the use of ova from a donor would allow them to fulfil their wish for a child of which at least one of the applicants is the genetic parent. However, the prohibition of heterologous artificial procreation techniques for *in vitro* fertilisation laid down in section 3(1) of the Artificial Procreation Act, which does not permit ovum donation, rules out this possibility. There is no exception to this rule.

99. The Government argued that the prohibition of ovum donation for *in vitro* fertilisation enacted by the Austrian legislature was necessary in a democratic society. In their view, the Austrian legislature struck a fair balance between the public and private interests involved. They argued that the legislature had to set certain limits on the possibilities offered by medical techniques of artificial procreation because it had to take account of the morally and ethically sensitive nature of the issues involved and the unease existing among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine.

100. The Court considers that concerns based on moral considerations or on social acceptability must be taken seriously in a sensitive domain like artificial procreation. However, they are not in themselves sufficient reasons for a complete ban on a specific artificial procreation technique such as ovum donation. Notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be adequately taken into account.

101. The Government submitted, in particular, that medically advanced techniques of artificial procreation such as *in vitro* fertilisation carried the inherent risk that they would not be employed for therapeutic purposes only, but also for other objectives such as the “selection” of children; *in vitro* fertilisation posed such a risk. In addition, they submitted that there was a risk that ovum donation might lead to the exploitation and humiliation of women, in particular those from economically disadvantaged backgrounds. Also, pressure might be put on a woman who would otherwise not be in a position to afford *in vitro* fertilisation to produce more ova than necessary (see paragraph 66 above). The technique of *in vitro* fertilisation, which

necessitated that ova be extracted from the woman, was risky and had serious repercussions for the person subject to such an intervention; the legislature must take particular care to reduce such risks where third persons, such as donors, were involved.

102. The applicants argued that the adverse effects relied on by the Government in arguing the necessity of the interference could be reduced, if not prevented, by further measures that the Austrian legislature could enact and, in any event, were not sufficient to override the interests of the applicants in fulfilling their wish for a child.

103. The Court considers that the field of artificial procreation is developing particularly fast both from a scientific point of view and in terms of the development of a legal framework for its medical application. It is for this reason that it is particularly difficult to establish a sound basis for assessing the necessity and appropriateness of legislative measures, the consequences of which might become apparent only after a considerable length of time. It is therefore understandable that the States find it necessary to act with particular caution in the field of artificial procreation.

104. The Court observes in this connection that the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation as it allows the use of homologous techniques. According to the findings of the Constitutional Court in its decision of 14 October 1999, the Austrian legislature was guided by the idea that medically assisted procreation should take place similarly to natural procreation, and in particular that the basic principle of civil law – *mater semper certa est* – should be maintained by avoiding the possibility that two persons could claim to be the biological mother of one and the same child and to avoid disputes between a biological and a genetic mother in the wider sense. In doing so, the legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.

105. The Court observes further that the Austrian legislature has established specific safeguards and precautions under the Artificial Procreation Act, namely, reserving the use of artificial procreation techniques to specialised medical doctors who have particular knowledge and experience in this field and are themselves bound by the ethical rules of their profession (see paragraph 32 above) and statutorily prohibiting the remuneration of ovum and sperm donation. These measures are intended to prevent potential risks of eugenic selection and their abuse and to prevent the risk of the exploitation of women in vulnerable situations as ovum donors. The

Austrian legislature could theoretically devise and enact further measures or safeguards to reduce the risk attached to ovum donation as described by the Government. Having regard to the risk referred to by the Government of creating relationships in which the social circumstances deviated from the biological ones, the Court observes that unusual family relations in a broad sense, which do not follow the typical parent-child relationship based on a direct biological link, are not unknown in the legal orders of the Contracting States. The institution of adoption was created over time in order to provide a satisfactory legal framework for such relations and is known in all the member States. Thus, a legal framework satisfactorily regulating the problems arising from ovum donation could also have been adopted. However, the Court cannot overlook the fact that the splitting of motherhood between a genetic mother and the one carrying the child differs significantly from adoptive parent-child relations and has added a new aspect to this issue.

106. The Court accepts that the Austrian legislature could have devised a different legal framework for regulating artificial procreation that would have made ovum donation permissible. It notes in this regard that this latter solution has been adopted in a number of member States of the Council of Europe. However, the central question in terms of Article 8 of the Convention is not whether a different solution might have been adopted by the legislature that would arguably have struck a fairer balance, but whether, in striking the balance at the point at which it did, the Austrian legislature exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article (see *Evans*, cited above, § 91). In determining this question, the Court attaches some importance to the fact that, as noted above, there is no sufficiently established European consensus as to whether ovum donation for *in vitro* fertilisation should be allowed.

107. In this connection, the Court observes further that the only instruments at European level dealing with the subject matter of ovum donation for artificial procreation are the principles adopted by the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences in 1989. Principle 11 states that, in principle, *in vitro* fertilisation shall be effected using the gametes of the members of the couple. The Convention on Human Rights and Biomedicine of 1997 and the Additional Protocol to this Convention of 2002 are silent on this matter. Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council explicitly provides that “[t]his directive should not interfere with decisions made by member States concerning the use or non-use of any specific type of human cells, including germ cells and embryonic stem cells”.

**(d) The first and second applicants (sperm donation)**

108. The first applicant suffers from fallopian-tube-related infertility and the second applicant, her husband, is infertile. It is not in dispute that, owing to their medical conditions, only *in vitro* fertilisation with the use of donor sperm would allow them to fulfil their wish for a child of which at least one of the applicants is the genetic parent.

109. However, the prohibition of heterologous artificial procreation techniques for *in vitro* fertilisation laid down by section 3(1) of the Artificial Procreation Act, which, in the circumstances of the first and second applicants, rules out sperm donation, excludes this possibility. At the same time, section 3(2) of that Act allows sperm donation for *in vivo* fertilisation.

110. The Court reiterates that it is not contrary to the requirements of Article 8 of the Convention for a State to enact legislation governing important aspects of private life which does not provide for the weighing of competing interests in the circumstances of each individual case. Where such important aspects are at stake it is not inconsistent with Article 8 that the legislator adopts rules of an absolute nature which serve to promote legal certainty (see *Evans*, cited above, § 89).

111. The Chamber attached particular importance to the fact that this type of artificial procreation (sperm donation for *in vitro* treatment) combined two techniques which, taken alone, were allowed under the Artificial Procreation Act, namely *in vitro* fertilisation on the one hand and sperm donation for *in vivo* conception on the other hand. It found that a prohibition of the combination of two medical techniques which, taken in isolation, were allowed, required particularly persuasive arguments. The only argument which, in the Chamber's view, was specific to that prohibition was that *in vivo* artificial insemination had been in use for some time, was easy to handle and its prohibition would therefore have been hard to monitor. Such an argument related merely to a question of efficiency, which carried less weight than the particularly important interests of the private individuals involved, and, therefore, the Chamber concluded that the difference in treatment at issue was not justified (see paragraphs 92-93 of the Chamber judgment).

112. The Grand Chamber is not persuaded by this line of reasoning. It considers that, when examining the compatibility of a prohibition of a specific artificial procreation technique with the requirements of the Convention, the legislative framework of which it forms a part must be taken into consideration and the prohibition must be seen in this wider context.

113. It is true that some of the arguments raised by the Government in defence of the prohibition of gamete donation for *in vitro* fertilisation can refer only to the prohibition of ovum donation, such as preventing the exploitation of women in vulnerable situations or limiting potential health risks for ovum donors and preventing the creation of atypical family relations because of split motherhood. However, there remain the basic concerns relied on by the Government, namely, that the prohibition of the donation of gametes involving the intervention of third persons in a highly technical medical process was a controversial issue in Austrian society, raising complex questions of a social and ethical nature on which there was not yet a consensus in society and which had to take into account human dignity, the well-being of children thus conceived and the prevention of negative repercussions or potential misuse. The Court has found above that the prohibition of ovum donation for *in vitro* fertilisation, which relied on these grounds, is compatible with the requirements of Article 8 of the Convention and, in taking into account the general framework in which the prohibition at issue must be seen, is also of relevance here.

114. The fact that the Austrian legislature, when enacting the Artificial Procreation Act which enshrined the decision not to allow the donation of sperm or ova for *in vitro* fertilisation, did not at the same time prohibit sperm donation for *in vivo* fertilisation – a technique which had been tolerated for a considerable period beforehand and had become accepted by society – is a matter that is of significance in the balancing of the respective interests and cannot be considered solely in the context of the efficient policing of the prohibitions. It shows rather the careful and cautious approach adopted by the Austrian legislature in seeking to reconcile social realities with its approach of principle in this field. In this connection, the Court also observes that there is no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment of infertility that uses artificial procreation techniques not allowed in Austria and that in the event of a successful treatment the Civil Code contains clear rules on paternity and maternity that respect the wishes of the parents (see, *mutatis mutandis*, *A, B and C v. Ireland*, cited above, § 239).

**(e) The Court's conclusion**

115. Having regard to the above considerations, the Court therefore concludes that neither in respect of the prohibition of ovum donation for the purposes of artificial procreation nor in respect of the prohibition of sperm donation for *in vitro* fertilisation under section 3 of the Artificial Procreation Act had the Austrian legislature, at the relevant time, exceeded the margin of appreciation afforded to it.

116. Accordingly, there has been no breach of Article 8 of the Convention as regards all of the applicants.

117. Nevertheless, the Court observes that the Austrian Parliament has not, until now, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society noted above. The Court also notes that the Austrian Constitutional Court, when finding that the legislature had complied with the principle of proportionality under Article 8 § 2 of the Convention, added that the principle adopted by the legislature to permit homologous methods of artificial procreation as a rule and insemination using donor sperm as an exception reflected the then current state of medical science and the consensus in society. This, however, did not mean that these criteria would not be subject to developments which the legislature would have to take into account in the future.

118. The Government have given no indication that the Austrian authorities have actually followed up this aspect of the ruling of the Constitutional Court. In this connection, the Court reiterates that the Convention has always been interpreted and applied in the light of current circumstances (see *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, § 47, Series A no. 106). Even if it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States (see *Christine Goodwin*, cited above, § 74, and *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 68, ECHR 2002-IV).

### III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION READ IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 8

119. The applicants complained that the prohibition of heterologous artificial procreation techniques for *in vitro* fertilisation laid down by sections 3(1) and 3(2) of the Artificial Procreation Act had violated their rights under Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8.

120. In the circumstances of the present case, the Court considers that the substance of this complaint has been sufficiently taken into account in the above examination of the applicants' complaints under Article 8 of the Convention. It follows that there is no cause for a separate examination of the same facts from the standpoint of Article 14 read in conjunction with Article 8 of the Convention.



## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Dismisses* unanimously the Government's preliminary objection;
2. *Holds* by thirteen votes to four that there has been no violation of Article 8 of the Convention;
3. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the application also under Article 14 of the Convention read in conjunction with Article 8.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 3 November 2011.

Michael O'Boyle  
Deputy Registrar

Jean-Paul Costa  
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) separate opinion of Judge De Gaetano;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska and Tsotsoria.

J.-P.C.  
M.O'B.

## SEPARATE OPINION OF JUDGE DE GAETANO

1. I voted with the majority in this case since I believe that the facts do not disclose a violation of Article 8 of the Convention, or indeed of Article 14 read in conjunction with Article 8. Nevertheless, I have serious misgivings about some of the implied reasoning in the majority judgment.

2. Human dignity – and the underlying notion of the inherent value of human life – is at the very basis of the Convention as a whole. It may, of course, engage directly and immediately some Articles more than others. One such provision is Article 8. The issue, adverted to in paragraphs 85 et seq. of the judgment, of whether the instant case was to be examined as one of “interference with the applicants’ right to respect for their private and family lives ... or a failure by the State to fulfil a positive obligation in that respect” requires first an acknowledgment of the proper parameters of Article 8. While there is no doubt that a couple’s decision to conceive a child is a decision which pertains to the private and family life of that couple (and, in the context of Article 12, to the couple’s right to found a family), neither Article 8 nor Article 12 can be construed as granting a right to conceive a child *at any cost*. The “desire” for a child cannot, to my mind, become an absolute goal which overrides the dignity of every human life.

3. In *Dickson v. the United Kingdom* ([GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V), referred to in paragraph 81 of the judgment, this Court held, in effect, that procreation detached from the conjugal act fell within the ambit of Article 8. To my mind, that decision did not advance human dignity but merely played second fiddle to advances in medical science. Human procreation, instead of being a personal act between a man and a woman, was reduced to a medical or laboratory technique.

4. The present judgment suggests (see paragraph 106) that a “European consensus” on the subject matter under examination is an important consideration for determining whether or not there has been a violation of the Convention (in this case of Article 8). Again, this suggestion deflects attention from the necessity of asking whether a particular act or omission or limitation enhances or detracts from human dignity (apart from the fact that history teaches that “European consensus” has in the past led to acts of gross injustice both in Europe and beyond). Similarly, whether or not the Austrian Parliament has undertaken to examine thoroughly “the rules governing artificial procreation, taking into account the dynamic developments in science and society” (see paragraph 117) is neither here nor there.

5. The issue of artificial procreation (as distinguished from medically assisted natural procreation) raises, of course, other issues which are beyond the scope of the present judgment, such as the freezing and destruction of human embryos.

6. Irrespective of the advances in medicine and other sciences, the recognition of the value and dignity of every person may require the prohibition of certain acts in order to bear witness to the inalienable value and intrinsic dignity of every human being. Such a prohibition – like the prohibitions against racism, unjust discrimination and the marginalisation of the ill and the disabled – is not a denial of fundamental human rights but a positive acknowledgment and advancement of the same.

## JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA AND TSOTSORIA

(*Translation*)

1. Regarding this particularly sensitive and delicate question of medically assisted procreation (MAP), we do not share the conclusion reached by the majority that there has not been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the four applicants.

2. In the present case, the first couple were not allowed to use donor ova and the second couple were not allowed to use donor sperm, in accordance with the Artificial Procreation Act of 1992 which provides that only gametes from spouses (or from persons living in a marital relationship) can be used, thus prohibiting MAP with a third-party donor.

3. It is important to note at the outset, however, that the Grand Chamber, like the Chamber, confirms and extends the applicability of Article 8 of the Convention to the present situation. Indeed, since the Grand Chamber judgment in *Evans v. the United Kingdom* of 10 April 2007 ([GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I) our Court has accepted that the concept of private life, within the meaning of Article 8 of the Convention, covers the right to respect for the decision to have or not to have a child (*ibid.*, § 71). Moreover, in the Grand Chamber judgment in *Dickson v. the United Kingdom* of 4 December 2007 ([GC], no. 44362/04, ECHR 2007-V), which concerned the possibility of artificial insemination facilities, the Court concluded that Article 8 was applicable on the ground that the procreation technique in question concerned the private and family life of the persons concerned, specifying that that notion incorporated the right to respect for their decision to become genetic parents (*ibid.*, § 66). In the instant case, the Court states that “the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life” (see paragraph 82 of the judgment). That acknowledgment is all the more important in that, unlike the Chamber, the Grand Chamber subsequently limits its examination to Article 8 taken alone, considering that the substance of the applicants’ complaints falls within that Article. Article 8 of the Convention thus appears to play an enhanced role now regarding questions related to procreation and reproduction.

4. In an area undergoing profound changes, both from a scientific and medical point of view and in social and ethical terms, one feature of the present case is the *time factor*. The decision of the Austrian Constitutional Court dismissing the application lodged by the applicants was adopted

on 14 October 1999. In that decision, the court observed itself that “[t]he choices the legislature [of 1992] had made reflected the then current state of medical science and the consensus in society. It did not mean, however, that these criteria were not subject to developments which the legislature would have to take into account in the future” (see paragraph 22 of the judgment). The application was lodged with our Court on 8 May 2000 and the Chamber judgment was adopted on 1 April 2010. In these particular circumstances, we find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court gave judgment in 1999 and in the context at the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgment, delivered at the end of 2011, of any real substance. Admittedly, the judgment takes care to specify that “the Court is not prevented from having regard to subsequent developments in making its assessment” (see paragraph 84 of the judgment), but that specification remains a dead letter in actual fact.

5. We find this approach, for which there is no decisive support in the Court’s case-law – in fact quite the contrary (see, *inter alia*, *Yaşa v. Turkey*, 2 September 1998, § 94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, and *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, §§ 91 and 92, ECHR 2008) – all the more problematical in that the main thrust of the Grand Chamber’s reasoning is based on the European consensus regarding gamete donation (ova and sperm) which, as we well know, has evolved considerably (see paragraphs 35 et seq. of the judgment). Moreover, the judgment clearly acknowledges this point: “[f]rom the material at the Court’s disposal, it appears that since the Constitutional Court’s decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court’s assessment of the facts” (see paragraph 84 of the judgment). They did not subsequently have any repercussions, though.

6. More specifically, and this is a weighty factor in our view, the majority expressly notes that the Austrian Parliament has still not, to date, undertaken a thorough assessment of the rules governing artificial procreation taking into account the dynamic developments in science and society in this area, despite the fact that the Constitutional Court – back in 1999 – had said that the criteria were subject to developments which the legislature would have to take into account (see paragraph 117 of the judgment). Ten years have passed, however, and this has still not been followed up in any way. Nevertheless, the Grand Chamber considers that the legislature has complied with the principle of proportionality under Article 8 § 2 of the Convention

and confines itself to stating that the area “needs to be kept under review by the Contracting States” (see paragraph 118 of the judgment).

7. Even if it were acceptable in 2011 to have regard exclusively to the situation existing in 1999, it would still be necessary for the European consensus as it existed at the time to be carefully ascertained in order to determine the breadth of the margin of appreciation because “[w]here a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted” (see paragraph 94 of the judgment). Accordingly, for example in the *Connors v. the United Kingdom* judgment (no. 66746/01, 27 May 2004), the Court reiterated that 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” (*ibid.*, § 82), which is clearly the case here.

8. Even according to the comparative study on medically assisted procreation undertaken by the Council of Europe in thirty-nine countries in 1998, ovum donation was prohibited in only eight countries at the time and sperm donation in five countries. Despite that, the Court considers that “[the] emerging consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established in the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State” (see paragraph 96 of the judgment). The Court thus takes the unprecedented step of conferring a new dimension on the European consensus and applies a particularly low threshold to it, thus potentially extending the States’ margin of appreciation beyond limits. The current climate is probably conducive to such a backward step. The differences in the Court’s approach to the determinative value of the European consensus and a somewhat lax approach to the objective indicia used to determine consensus<sup>1</sup> are pushed to their limit here, engendering great legal uncertainty.

9. It is significant that in a report of a meeting on “Medical, ethical and social aspects of assisted reproduction” organised by the World Health Organization *as far back as 2001*, the authors point out that “[i]t is commonly accepted that infertility affects more than 80 million people worldwide. In general, one in ten couples experiences primary or secondary infertility” and “it is a central issue in the lives of the individuals who suffer from it. It is a source of social and psychological suffering for both men and women and can place great pressures on the relationship within the couple”<sup>2</sup>. Today,

1. “The Role of Consensus in the System of the European Convention on Human Rights”, *Dialogue between Judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2008.

2. E. Vayena et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneva, World Health Organization, 2002, p. XIII.

“society has to cope with new challenges brought to the forefront by [a] technological revolution [in the field of assisted reproduction] and its social implications”<sup>1</sup>. In this respect, it seems to us important to recall Articles 12 § 1 and 15 § 1 (b) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) which recognises the right of everyone to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, and the right of everyone to enjoy the highest standard of physical and mental health. Ultimately, what is at stake here is not a question of choice between different techniques but, more fundamentally, a restriction on access to heterologous *in vitro* fertilisation constituting denial of access to available treatment.

10. Despite the fact that the data at the relevant time mainly support the opposite approach, and without taking into consideration the developments that have taken place in the meantime, the Grand Chamber unhesitatingly affirms that there is not yet “clear common ground among the member States” and that the margin of appreciation to be afforded to the respondent State “must be a wide one”, allowing it to reconcile social realities with its positions of principle. That reasoning implies that these factors must now take precedence over the European consensus, which is a dangerous departure from the Court’s case-law considering that one of the Court’s tasks is precisely to contribute to harmonising across Europe the rights guaranteed by the Convention<sup>2</sup>.

11. Together with the European consensus, the margin of appreciation is thus the other pillar of the Grand Chamber’s reasoning. This is sometimes described as wide or broad (see paragraph 97 of the judgment), and is sometimes referred to without any qualifying adjective (see paragraphs 106 and 115 of the judgment), thereby indicating a certain amount of hesitation as to the correct weight to be given to that concept and to the seriousness of the limitation in question. The result is that the Court’s position is unclear and uncertain, or even opaque. While acknowledging that the legislature could have provided acceptable, perhaps more balanced, legal solutions to the difficulties associated with ovum and sperm donation, the Grand Chamber confines itself to examining whether, by adopting the impugned solution, it exceeded its margin of appreciation (see paragraph 106 of the judgment). In our opinion, this is not the issue here. On the one hand, where the States have authorised MAP, the Court has to verify whether the benefit thereof is granted in accordance with their obligations under the Convention and whether they have chosen the means that impinge the least on rights and freedoms. The margin of appreciation goes hand in hand

1. M.F. Fathalla, “Current Challenges in Assisted Reproduction”, in E. Vayena et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, op. cit., p. 20.

2. C.L. Rozakis, “The European Judge as Comparatist”, *Tul. L. Rev.*, vol. 80, no. 1, 2005, p. 272.

with European supervision. On the other hand, in a case as sensitive as this one, the Court should not use the margin of appreciation as a “pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review”<sup>1</sup>. Ultimately, through the combined effect of the European consensus and the margin of appreciation, the Court has chosen a minimum – or even minimalist – approach that is hardly likely to enlighten the national courts.

12. One of the arguments advanced by the Government and accepted by the majority is particularly problematical in our view, namely, that “there is no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment of infertility that uses artificial procreation techniques not allowed in Austria and that in the event of a successful treatment the Civil Code contains clear rules on paternity and maternity that respect the wishes of the parents (see paragraph 114 of the judgment)<sup>2</sup>.”

13. In our view, the argument that couples can go abroad (without taking into account the potential practical difficulties or the costs that may be involved) does not address the real question, which is that of interference with the applicants’ private life as a result of the absolute prohibition in Austria; it totally fails to satisfy the requirements of the Convention regarding the applicants’ right to compliance with Article 8. Furthermore, by endorsing the Government’s reasoning according to which, in the event that treatment abroad is successful, the paternity and maternity of the child will be governed by the Civil Code in accordance with the parents’ wishes, the Grand Chamber considerably weakens the strength of the arguments based on “the unease existing among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine”, particularly concerning the creation of atypical family relations (see paragraph 113 of the judgment). Lastly, if the concerns for the child’s best interests – allegedly endangered by recourse to prohibited means of reproduction – disappear as a result of crossing the border, the same is true of the concerns relating to the mother’s health referred to several times by the respondent Government to justify the prohibition.

14. For all of the foregoing reasons, we conclude that there has, in this case, been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the four applicants.

---

1. Joint dissenting opinion of Judges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann and Ziemele annexed to the Grand Chamber judgment in *Evans v. the United Kingdom*, cited above, paragraph 12.

2. See, on this point, R.F. Storrow, “The Pluralism Problem in Cross-Border Reproductive Care”, *Human Reproduction*, vol. 25, no. 12, 2010, pp. 2939 et seq.



S.H. ET AUTRES c. AUTRICHE  
(*Requête n° 57813/00*)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 3 NOVEMBRE 2011<sup>1</sup>

---

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



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Interdiction de la fécondation *in vitro* avec don d'ovules ou de sperme****Article 8**

*Vie privée et familiale – Interdiction de la fécondation in vitro avec don d'ovules ou de sperme – Ingérence – Protection de la santé – Protection de la morale – Protection des droits et libertés d'autrui – Nécessaire dans une société démocratique – Absence d'un consensus européen suffisamment solide – Interrogations d'ordre moral et éthique délicates soulevées par l'évolution rapide de la science et de la médecine – Marge nationale d'appréciation étendue – Approche soigneuse et circonspecte du législateur – Nécessité d'un examen permanent de la procréation artificielle de la part des Etats*

\*

\* \*

Les requérants sont deux couples mariés. Souffrant d'infertilité, ils souhaitent avoir recours à des techniques de procréation médicalement assistée. Seule la fécondation *in vitro* (FIV) avec recours au don de sperme (dans le cas du premier couple) ou d'ovules (dans le cas du second couple) leur aurait permis d'avoir un enfant dont l'un d'eux aurait été le parent génétique. Or ces deux méthodes sont prohibées par la loi autrichienne sur la procréation artificielle, qui interdit le recours au sperme d'un donneur à des fins de FIV et le don d'ovules en général. Cette même loi autorise toutefois d'autres méthodes de procréation assistée, en particulier la FIV à partir des ovules et du sperme de personnes mariées l'une à l'autre ou vivant maritalement (techniques de procréation homologues) et, dans des circonstances exceptionnelles, le don de sperme à des fins de fécondation *in utero*. Les requérants saisissent la Cour constitutionnelle autrichienne, qui jugea que l'ingérence dans leur droit au respect de leur vie familiale était réelle, mais qu'elle était justifiée car elle visait à éviter, d'une part, la création de relations familiales atypiques (c'est-à-dire le fait qu'un enfant ait deux mères, l'une biologique et l'autre « porteuse ») et, d'autre part, l'exploitation des femmes. Par un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2010, une chambre de la Cour européenne conclut à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, tant dans le chef des requérantes que dans celui des requérants.

Article 8: le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale. En conséquence,

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

cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce. Relevant que les intéressés ont été privés d'un traitement de procréation médicalement assistée par l'effet d'une disposition de la loi qu'ils ont tenté en vain de contester devant les juridictions internes, la Cour traitera leur grief sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par eux de leur droit de recourir à des techniques de procréation artificielle. La mesure critiquée était prévue par la loi et poursuivait les buts légitimes que constituent la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui. Depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, la science médicale a connu maintes évolutions, auxquelles certains Etats contractants ont répondu par des mesures législatives. Toutefois, la Cour n'est pas appelée à rechercher si l'interdiction du don de gamètes litigieuse serait aujourd'hui justifiée au regard de la Convention, mais elle doit déterminer si cette mesure était justifiée à l'époque où la Cour constitutionnelle l'a examinée. Les Etats contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen. Toutefois, le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation des Etats. Dès lors que le recours à la fécondation *in vitro* a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a pas encore une claire communauté de vues entre les Etats membres, il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation.

a) *Don d'ovules* – Dans un domaine aussi délicat que celui de la procréation artificielle, les préoccupations tenant à des considérations d'ordre moral ou à l'acceptabilité sociale des techniques en question doivent être prises au sérieux. Toutefois, elles ne sauraient justifier à elles seules l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation assistée, en l'occurrence le don d'ovules. Nonobstant l'ample marge d'appréciation dont les Etats contractants bénéficient dans ce domaine, le cadre juridique mis en place doit être cohérent et permettre une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu. Le législateur autrichien n'a pas interdit totalement la procréation artificielle, puisqu'il a autorisé le recours aux techniques homologues. La loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée doit demeurer aussi proche que possible de la conception naturelle, et ce afin d'éviter des conflits éventuels entre la filiation utérine et la filiation génétique au sens large. Ce faisant, le législateur s'est efforcé de concilier le souhait de donner accès à la procréation médicalement assistée et l'inquiétude que suscitent, dans de larges pans de la société, le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne. En outre, il a assorti la loi sur la procréation artificielle de garanties et de précautions spécifiques, notamment en réservant

l'usage des techniques de procréation artificielle aux médecins spécialistes dotés de compétences et d'une expérience particulières dans ce domaine et soumis aux règles déontologiques de leur profession, et en interdisant la rémunération du don de gamètes. Ces mesures visent à prévenir les risques potentiels de sélection eugénique ainsi qu'à empêcher des utilisations abusives des techniques existantes et l'exploitation des femmes donneuses d'ovules en situation de vulnérabilité. En ce qui concerne les préoccupations exprimées au sujet de la création de rapports caractérisés par une discordance entre la réalité sociale et la réalité biologique, l'institution de l'adoption a évolué au fil du temps pour aboutir à un régime juridique réglementant de manière satisfaisante les rapports qui en découlent. De la même manière, il aurait été possible au législateur d'apporter des solutions juridiques acceptables aux difficultés que suscite le don d'ovules. Toutefois, la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère utérine crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension au problème. La question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait au titre de cette disposition. Pour trancher cette question, la Cour attache un certain poids au fait qu'il n'existe pas un consensus européen suffisamment solide sur le point de savoir si le don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* doit être autorisé. L'interdiction du don d'ovules par le législateur autrichien est donc compatible avec l'article 8.

b) *Don de sperme* – Les mêmes considérations sont pertinentes pour l'interdiction du don de sperme. Le fait que le législateur autrichien ait adopté une loi sur la procréation artificielle consacrant l'interdiction des dons de sperme et d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* sans pour autant proscrire le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo*, technique tolérée depuis longtemps et communément admise dans la société, est un élément important pour la mise en balance des divers intérêts en présence et ne peut se ramener à une simple question d'efficacité du contrôle des interdictions. Au contraire, il faut y voir la marque du soin et de la circonspection avec lesquels le législateur autrichien a cherché à concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière. A cet égard, le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents.

c) *Conclusion* – Ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation *in vitro* posées par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente. La Cour constitutionnelle a précisé que l'état de la science médicale de l'époque et le

consensus existant dans la société n'étaient pas figés et qu'ils pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte. Or le parlement autrichien n'a pas, à ce jour, procédé à un réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société en la matière. Si la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des Etats contractants.

*Conclusion*: non-violation (treize voix contre quatre).

### Jurisprudence citée par la Cour

- Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45  
*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A n° 106  
*Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, série A n° 130  
*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, série A n° 251-B  
*Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290  
*Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I  
*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II  
*Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, CEDH 2001-I  
*K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, CEDH 2001-VII  
*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I  
*Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, CEDH 2002-I  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, CEDH 2002-IV  
*Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI  
*P., C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, CEDH 2002-VI  
*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, CEDH 2003-III  
*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I  
*Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V  
*Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, CEDH 2008  
*Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010  
*J.M. c. Royaume-Uni*, n° 37060/06, 28 septembre 2010  
*A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, CEDH 2010

**En l'affaire S.H. et autres c. Autriche,**

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

Jean-Paul Costa, *président*,  
 Nicolas Bratza,  
 Françoise Tulkens,  
 Josep Casadevall,  
 Elisabeth Steiner,  
 Elisabet Fura,  
 Danutė Jočienė,  
 Ján Šikuta,  
 Dragoljub Popović,  
 Ineta Ziemele,  
 Päivi Hirvelä,  
 Mirjana Lazarova Trajkovska,  
 Ledi Bianku,  
 Nona Tsotsoria,  
 Işıl Karakaş,  
 Guido Raimondi,  
 Vincent A. De Gaetano, *juges*,

et de Michael O'Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 23 février et le 5 octobre 2011,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 57813/00) dirigée contre la République d'Autriche et dont quatre ressortissants de cet Etat, M<sup>me</sup> S.H., M. D.H., M<sup>me</sup> H.E.-G. et M. M.G. (« les requérants »), ont saisi la Cour le 8 mai 2000 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 de non-divulgaration de leur identité formulée par les intéressés (article 47 § 3 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M<sup>es</sup> H.F. Kinz et W.L. Weh, avocats à Bregenz. Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. H. Tichy, ambassadeur, chef du Département de droit international au ministère fédéral des Affaires européennes et internationales.

3. Dans leur requête, les intéressés alléguaient en particulier que les dispositions de la loi autrichienne sur la procréation artificielle prohibant la fécondation *in vitro* avec don de gamètes, seule technique médicale qui leur aurait permis, selon eux, de concevoir un enfant, emportaient violation de leurs droits au titre de l'article 8 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 15 novembre 2007, elle a été déclarée en partie recevable par une chambre de ladite section composée de Christos Rozakis, Loukis Loucaides, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev et Giorgio Malinverni, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section. Le 11 mars 2010, après une audience sur le fond (article 54 § 3 du règlement), une chambre de la même section composée de Christos Rozakis, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Sverre Erik Jebens et Giorgio Malinverni, juges, ainsi que de André Wampach, greffier adjoint de section, a rendu un arrêt dans lequel elle concluait, par six voix contre une, à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des premier et deuxième requérants, par cinq voix contre deux, à la violation de ces dispositions dans le chef des troisième et quatrième requérants et, à l'unanimité, qu'il ne s'imposait pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 8 pris isolément.

5. Le 4 octobre 2010, faisant droit à une demande formulée par le Gouvernement le 1<sup>er</sup> juillet 2010, le collège de la Grande Chambre a décidé de renvoyer l'affaire devant celle-ci en application de l'article 43 de la Convention.

6. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux dispositions des articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

7. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites (article 59 § 1 du règlement). En outre, des observations ont été reçues des gouvernements allemand et italien, ainsi que des organisations non gouvernementales Hera ONLUS, European Centre for Law and Justice et Aktion Leben, que le président avaient autorisés à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement).

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 23 février 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M<sup>me</sup> B. Ohms,  
MM. M. Stormann,  
G. Doujak,

*agent adjoint,*

*conseillers;*



– pour les requérants

M<sup>es</sup> H.F. Kinz,

W.L. Weh

MM. S. Harg,

C. Eberle

conseils,

conseillers.

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>e</sup> Weh, M<sup>e</sup> Kinz et M<sup>me</sup> Ohms.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les requérants sont nés en 1966, 1962, 1971 et 1971 respectivement et résident à L. et à R.

10. La première requérante est mariée au deuxième requérant, et la troisième requérante au quatrième requérant.

11. La première requérante souffre de stérilité tubaire (*eileiterbedingter Sterilität*). Elle produit des ovules, mais l'obturation de ses trompes de Fallope bloque leur passage vers l'utérus et rend la fécondation naturelle impossible. Son mari, le deuxième requérant, est stérile.

12. La troisième requérante est atteinte de dysgénésie gonadique (*Gonadendysgenese*), pathologie qui empêche l'ovulation. Bien que son utérus soit parfaitement constitué, elle est totalement stérile. Son mari, M. M.G., le quatrième requérant, est apte à procréer, contrairement au second requérant.

13. Le 4 mai 1998, les première et troisième requérantes introduisirent devant la Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*) une demande (*Individualantrag*) invitant celle-ci à contrôler la constitutionnalité de l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle (*Fortpflanzungs-medizingesetz* – paragraphes 27-34 ci-dessous).

14. Dans leur demande, les intéressées alléguaient être directement touchées par les dispositions en question. Soulignant qu'elle ne pouvait pas concevoir de manière naturelle, la première requérante soutenait que la fécondation *in vitro* avec don de sperme était la seule possibilité d'avoir un enfant qui s'offrirait à elle et à son mari, mais que l'utilisation de cette technique était prohibée par l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle. Pour sa part, la troisième requérante précisait qu'elle était stérile et que la dysgénésie gonadique dont elle était atteinte empêchait toute ovulation, raison pour laquelle le seul moyen pour elle d'avoir un enfant était d'avoir recours à une technique médicale de procréation artificielle, à savoir un transfert d'embryon avec don d'ovocytes, qui lui aurait permis de

se faire implanter dans l'utérus un embryon conçu avec un ovule d'une autre femme fécondé par le sperme du quatrième requérant, technique qui était toutefois interdite par la loi sur la procréation artificielle.

15. Les deux requérantes arguaient que l'impossibilité de recourir aux techniques médicales en question emportait violation de leurs droits au titre de l'article 8 de la Convention. Elles invoquaient en outre l'article 12 de cet instrument et l'article 7 de la Constitution fédérale, qui garantit l'égalité de traitement.

16. Le 4 octobre 1999, la Cour constitutionnelle tint une audience publique. La première requérante y comparut, assistée d'un avocat.

17. Le 14 octobre 1999, la Cour constitutionnelle statua sur le recours introduit par les première et troisième requérantes, qu'elle déclara partiellement recevable dans la mesure où la loi s'appliquait à leur situation individuelle. A cet égard, elle jugea que les dispositions de l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle interdisant le recours à certaines techniques utilisées par la médecine reproductive s'appliquaient directement aux intéressées, nonobstant l'absence de toute décision judiciaire ou administrative les concernant.

18. Quant au fond du recours formé par les intéressées, la Cour constitutionnelle conclut à l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. Relevant que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'était pas prononcée en la matière, elle considéra cependant que la décision d'un couple marié ou vivant maritalement de concevoir un enfant et d'avoir recours à cette fin à l'assistance médicale à la procréation relevait manifestement du champ d'application de cette disposition.

19. Elle jugea que les dispositions critiquées de la loi sur la procréation artificielle portaient atteinte à la liberté des requérantes en ce qu'elles limitaient le nombre des techniques médicales autorisées dans ce domaine. Se penchant sur la question de la justification de cette atteinte, elle releva que le législateur avait tenté de concilier des intérêts concurrents se rapportant à la dignité humaine, au droit à la procréation et au bien-être de l'enfant. Elle souligna que cette démarche avait conduit le législateur à se donner pour principe de n'autoriser que les techniques homologues – notamment l'emploi, au profit de personnes mariées ou vivant maritalement, de gamètes issus de l'un d'entre eux – n'exigeant pas d'intervention complexe et demeurant proches de la conception naturelle. Elle précisa que l'objectif du législateur consistait à éviter la création de liens familiaux atypiques, comme dans le cas d'un enfant ayant deux mères biologiques (une mère génétique et une mère utérine) et à empêcher l'exploitation des femmes.

20. Elle releva également que, contrairement à la conception naturelle, la procréation par fécondation *in vitro* soulevait de graves questions

concernant le bien-être des enfants ainsi conçus, leur santé et leurs droits, qu'elle avait des répercussions sur les valeurs éthiques et morales de la société, et qu'elle risquait de donner lieu à des pratiques commerciales et eugéniques (*Zuchtauswahl*).

21. Toutefois, s'appuyant sur le principe de proportionnalité découlant de l'article 8 § 2 de la Convention, elle estima que ces considérations ne pouvaient justifier une interdiction totale de l'ensemble des techniques d'assistance médicale à la procréation, leurs répercussions sur l'intérêt public tenant essentiellement, selon elle, à la question de savoir si on avait recours à des techniques homologues (utilisation de gamètes issus du couple) ou à des techniques hétérologues (utilisation de gamètes de tiers).

22. La Cour constitutionnelle jugea que le législateur n'avait pas dépassé la marge d'appréciation reconnue aux États en autorisant par principe le recours aux techniques homologues et à titre exceptionnel l'insémination avec don de sperme. Elle releva que les choix opérés par le législateur reflétaient l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, tout en précisant que ceux-ci n'étaient pas figés et qu'ils pouvaient connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte.

23. Elle considéra que le législateur n'avait pas négligé les intérêts des hommes et des femmes contraints d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation puisque, outre les techniques strictement homologues, il avait autorisé un procédé connu et utilisé depuis longtemps, l'insémination avec don de sperme, qui ne risquait pas de donner lieu à des rapports familiaux atypiques. Elle ajouta que ces techniques n'étaient pas réservées aux couples mariés, mais qu'elles étaient également accessibles aux personnes vivant maritalement. En revanche, elle jugea que, dans les cas où les techniques de procréation homologues étaient inopérantes, les intérêts des individus concernés devaient céder le pas devant ceux de la société.

24. Elle estima en outre que l'interdiction des procédés de procréation artificielle hétérologues au profit des seules techniques homologues n'était pas contraire au principe constitutionnel d'égalité, qui interdisait la discrimination. Considérant que les méthodes homologues n'encouraient pas les mêmes objections que les techniques hétérologues, elle jugea que le législateur n'était pas tenu de les soumettre à un régime strictement identique et que la distinction opérée par lui se justifiait. Elle ajouta que le fait que l'insémination *in vivo* avec don de sperme était permise alors que le don d'ovules était interdit ne s'analysait pas en une discrimination, le don de sperme n'étant pas considéré comme susceptible de créer des liens atypiques potentiellement préjudiciables au bien-être des enfants à naître.

25. Ayant conclu que les dispositions critiquées de la loi sur la procréation artificielle étaient conformes à l'article 8 de la Convention et au principe

d'égalité consacré par la Constitution fédérale, la Cour constitutionnelle dit qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 12 de la Convention.

26. L'arrêt de la Cour constitutionnelle fut notifié à l'avocat des intéressées le 8 novembre 1999.

## II. TEXTES JURIDIQUES PERTINENTS

### A. Le droit interne: la loi sur la procréation artificielle

27. La loi sur la procréation artificielle (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Journal officiel fédéral n° 275/1992) régit l'utilisation des techniques médicales permettant la procréation sans qu'il y ait relation sexuelle (article 1 § 1).

28. Les techniques en question comprennent: i) l'introduction de spermatozoïdes dans l'utérus de la femme, ii) la fécondation *ex utero* d'un ovule par des spermatozoïdes, iii) l'introduction de cellules viables dans l'utérus ou dans la trompe utérine d'une femme, et iv) l'introduction d'ovocytes ou d'ovocytes et de spermatozoïdes dans l'utérus ou la trompe utérine d'une femme (article 1 § 2).

29. Le recours à l'assistance médicale à la procréation n'est ouvert qu'aux couples mariés ou vivant maritalement, et seulement dans le cas où tous les autres traitements possibles et raisonnables visant à provoquer une grossesse naturelle ont échoué ou n'ont aucune chance raisonnable d'aboutir (article 2).

30. En vertu de l'article 3 § 1, seuls les gamètes de personnes mariées ou vivant maritalement (*Lebensgefährten*) peuvent être utilisés à leur profit dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. A titre exceptionnel, c'est-à-dire lorsque l'un des deux partenaires est stérile, le don de sperme peut être autorisé en vue d'une insémination artificielle, technique consistant à introduire des spermatozoïdes dans l'utérus de la femme (article 3 § 2) et aussi connue sous le nom de fécondation *in vivo*. Le don de sperme est interdit dans tous les autres cas, notamment à des fins de fécondation *in vitro*.

31. L'article 3 § 3 dispose que les ovules ou les cellules viables d'une femme ne peuvent être utilisés qu'à son profit. Cette disposition a pour effet d'interdire le don d'ovules en toutes circonstances.

32. Les autres dispositions de la loi sur la procréation artificielle énoncent notamment que l'assistance médicale à la procréation ne peut être pratiquée que par des médecins spécialisés, dans des hôpitaux ou cliniques spécialement équipés (article 4) et avec le consentement exprès et écrit des couples mariés ou vivant maritalement qui s'y soumettent (article 8).

33. En 1999, la loi sur la procréation artificielle a été complétée par la loi fédérale portant création d'un fonds de financement des traitements de fécondation *in vitro* (*Bundesgesetz, mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird* – Journal officiel fédéral, partie I, n° 180/1999) destiné à financer les traitements en question autorisés par la loi sur la procréation artificielle.

34. Ces questions de maternité et de paternité sont régies par le code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Introduit dans le code au moment de l'entrée en vigueur de la loi sur la procréation artificielle, l'article 137 b) énonce que la mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance. L'article 163 dispose que le père de l'enfant est l'homme qui a eu des rapports sexuels avec la mère au cours d'une période déterminée (entre le 180<sup>e</sup> et le 300<sup>e</sup> jour avant la naissance). Dans le cas où la mère a eu recours à un traitement de procréation médicalement assistée avec don de sperme, le père de l'enfant est l'homme qui a donné son consentement à ce traitement, c'est-à-dire son époux ou son compagnon, le donneur ne pouvant en aucun cas être reconnu comme étant le père.

## **B. La situation dans d'autres pays**

35. L'aperçu ci-après du droit et de la pratique pertinents en matière de procréation artificielle en Europe est principalement fondé sur une étude intitulée « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays » (Conseil de l'Europe, 1998) et sur les réponses des Etats membres du Conseil de l'Europe au « Questionnaire sur l'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) et sur le droit à la connaissance de ses origines pour les enfants nés après PMA » préparé par le Comité directeur pour la bioéthique (Conseil de l'Europe, 2005), ainsi que sur une enquête menée en 2007 par la Fédération internationale des sociétés de fertilité.

36. Il ressort des documents en question que, en 2007, la pratique de la fécondation *in vitro* était encadrée par des lois ou des règlements dans les pays suivants : Allemagne, Autriche, Azerbaïdjan, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni, Fédération de Russie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine. En Belgique, en Irlande, à Malte, en Lituanie, en Pologne, en République tchèque, en Serbie et en Slovaquie, ce traitement était régi par la pratique clinique, par des circulaires professionnelles, par des décrets royaux ou administratifs ou par des principes constitutionnels généraux.

37. L'étude susmentionnée traite notamment de la manière dont la législation des pays concernés régleme les sept techniques de procréation

artificielle que sont l'insémination artificielle intraconjugale, la fécondation *in vitro* intraconjugale, l'insémination artificielle avec donneur, le don d'ovules, le don d'ovules et de sperme, le don d'embryons et l'injection intra-ovocytaire de spermatozoïdes (technique de fécondation *in vitro* par injection directe d'un spermatozoïde dans un ovule).

38. Il semble que le don de sperme soit actuellement prohibé dans trois des pays qui se sont dotés d'une réglementation en matière de procréation artificielle, à savoir l'Italie, la Lituanie et la Turquie. Ces trois pays interdisent les méthodes hétérologues de procréation assistée. En général, la réglementation des pays où le don de sperme est permis n'opère pas de distinction selon qu'il est recueilli à des fins d'insémination artificielle ou de fécondation *in vitro*. Le don d'ovules est interdit en Allemagne, en Croatie, en Norvège et en Suisse ainsi que dans les trois pays susmentionnés.

39. Il apparaît en outre que le don de gamètes est pratiqué dans un certain nombre de pays où il n'existait pas de réglementation en la matière en 2007, tels que Chypre, le Luxembourg, la Pologne, le Portugal et la Roumanie.

40. Lorsque l'on compare l'étude menée par le Conseil de l'Europe en 1998 et celle réalisée par la Fédération internationale des sociétés de fertilité en 2007, on s'aperçoit que la législation évolue rapidement dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation. Auparavant interdit au Danemark, en France et en Suède, le don de gamètes y est désormais autorisé en vertu des nouvelles dispositions que ces pays ont adoptées en 2006, 2004 et 2006 respectivement. En Norvège, le don d'ovules demeure prohibé mais le don de sperme en vue d'une fécondation *in vitro* est permis depuis 2003. En Finlande, où la procréation médicalement assistée est encadrée par la loi depuis 2007, le don de sperme et le don d'ovules sont autorisés.

### C. Les instruments pertinents du Conseil de l'Europe

41. Le Comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales constitué au sein du Conseil de l'Europe (CAHBI), prédécesseur de l'actuel Comité directeur pour la bioéthique, avait publié en 1989 une série de principes dont le onzième comporte la disposition suivante :

« 1. En principe, la fécondation *in vitro* doit être effectuée avec les gamètes du couple. La même règle s'appliquera à toute autre méthode impliquant des ovules *in vitro* ou des embryons *in vitro*. Toutefois, dans des cas exceptionnels à définir par les Etats membres, l'utilisation des gamètes de donneurs peut être autorisée. »

42. La Convention de 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine n'aborde pas la question du don de gamètes, mais interdit l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée à des fins de sélection du sexe d'un enfant. Son article 14 se lit ainsi :

« L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe. »

43. Le Protocole additionnel à la convention susmentionnée adopté en 2002, qui porte sur la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine et vise à promouvoir le don d'organes, exclut expressément de son champ d'application les organes et tissus reproductifs.

#### **D. Les instruments pertinents de l'Union européenne**

44. Les passages pertinents du préambule de la Directive 2004/23/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, instrument qui vise à garantir la qualité et la sécurité des tissus et cellules humains destinés à des applications humaines, sont ainsi libellés :

« 12. La présente directive ne devrait pas porter atteinte aux décisions prises par les Etats membres concernant l'utilisation ou la non-utilisation de tel ou tel type de cellules humaines, y compris les cellules germinatives et les cellules souches embryonnaires. Toutefois, si un usage particulier de telles cellules est autorisé dans un Etat membre, la présente directive imposera l'application de toutes les dispositions nécessaires à la protection de la santé publique, étant donné les risques spécifiques fondés sur la connaissance scientifique que comportent ces cellules et leur nature particulière ainsi que la garantie du respect des droits fondamentaux. En outre, la présente directive ne devrait pas affecter les dispositions des Etats membres concernant la définition juridique d'une « personne » ou d'un « individu ». »

## EN DROIT

### I. SUR L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DU GOUVERNEMENT

45. Comme il l'avait fait devant la chambre, le Gouvernement observe que les deuxième et quatrième requérants – maris des première et troisième requérantes – n'ont pas pris part personnellement à la procédure de contrôle de constitutionnalité de l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle suivie devant la Cour constitutionnelle. Il en déduit qu'ils n'ont pas satisfait à l'exigence d'épuisement des recours internes posée par l'article 35 de la Convention.

46. Les intéressés combattent cette thèse. Ils renvoient à la décision sur la recevabilité du 15 novembre 2007, par laquelle la chambre a rejeté,

selon eux de manière définitive, l'exception de non-épuisement des recours internes soulevée par le Gouvernement.

47. La Grande Chambre constate que, dans la décision sur la recevabilité qu'elle a rendue le 15 novembre 2007, la chambre a rejeté l'exception de non-épuisement des recours internes en ce qui concerne les deuxième et quatrième requérants pour les motifs suivants :

« La Cour rappelle qu'elle doit appliquer la règle de l'épuisement des recours internes en tenant dûment compte du contexte : le mécanisme de sauvegarde des droits de l'homme que les Parties contractantes ont convenues d'instaurer. Elle a ainsi reconnu que l'article 35 § 1 doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. Elle a de plus admis que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu ; en en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause. Cela signifie notamment que la Cour doit tenir compte de manière réaliste du contexte juridique et politique dans lequel les recours s'inscrivent ainsi que de la situation personnelle des requérants (*Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, § 58, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII).

La Cour relève que les première et troisième requérantes ont demandé à la Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité de l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle. Dans le cadre de cette procédure, il a été établi que les intéressées et leurs époux avaient fermement décidé de se soumettre à un traitement de procréation médicalement assistée au motif que leur état de santé ne leur permettait pas d'avoir un enfant de manière naturelle, et qu'ils étaient donc directement touchés par l'interdiction critiquée. Bien que les deuxième et quatrième requérants n'aient pas pris part à la procédure devant la Cour constitutionnelle, leur situation était intrinsèquement liée à celle de leurs épouses. En conséquence, la Cour juge suffisant que celles-ci aient introduit le recours susmentionné et porté leur affaire, et par conséquent celle de leurs époux, devant les juridictions internes compétentes.

La Cour conclut donc que les requérants ont tous épuisé les recours internes au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. »

48. La Grande Chambre n'aperçoit aucune raison de s'écarter des conclusions de la chambre. Elle rejette donc l'exception préliminaire du Gouvernement.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

49. Les requérants allèguent que l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle, qui interdit le recours aux techniques hétérologues de procréation artificielle à des fins de fécondation *in vitro*, porte atteinte à leurs droits au titre de l'article 8.

50. Les passages pertinents de l'article 8 sont ainsi libellés :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)



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.»

### **A. Arrêt de la chambre**

51. Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2010, la chambre a conclu à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 tant dans le chef des première et troisième requérantes que dans celui des deuxième et quatrième requérants.

52. Elle a estimé que l'article 14 combiné avec l'article 8 était applicable en l'espèce au motif que le droit des couples à concevoir un enfant en faisant appel à la procréation médicalement assistée entrait dans le champ d'application de l'article 8, pareil choix s'analysant manifestement, selon elle, en une forme d'exercice du droit à la vie privée et familiale.

53. En ce qui concerne l'observation de l'article 14, elle a considéré que, compte tenu de l'absence de communauté de vues entre les Parties contractantes dans ce domaine et des interrogations morales et éthiques délicates qu'il suscite, les Etats membres bénéficiaient d'une ample marge d'appréciation et a précisé que celle-ci devait en principe s'appliquer tant à la décision de légiférer ou non en la matière que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées par eux pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit. Elle a examiné séparément la situation du couple formé par les premier et deuxième requérants et celle du couple formé par les troisième et quatrième requérants.

54. S'agissant des troisième et quatrième requérants, qui ont besoin d'un don d'ovules pour réaliser leur souhait de concevoir un enfant, la chambre a estimé que des considérations d'ordre moral ou tenant à l'acceptabilité sociale de cette technique ne pouvaient justifier à elles seules l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation assistée, une interdiction totale ne pouvant revêtir un caractère proportionné que dans des circonstances exceptionnelles. Elle a considéré que la loi sur la procréation artificielle renfermait des garanties suffisantes pour parer aux risques que le Gouvernement disait voir dans le don d'ovules, notamment l'exploitation des femmes – en particulier celles issues de milieux socialement défavorisés – et la « sélection » des enfants à naître, et que les autres craintes exprimées par le Gouvernement, au sujet notamment de l'établissement de liens familiaux atypiques découlant de la dissociation de la maternité entre une mère utérine et une mère génétique, pouvaient être surmontées par l'adoption de normes

appropriées. Elle a donc conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

55. En ce qui concerne les premier et deuxième requérants, pour qui le recours à la fécondation *in vitro* avec don de sperme est le seul moyen d'avoir un enfant, la chambre a observé que ce traitement combinait deux techniques – à savoir la fécondation *in vitro* homologue et la fécondation *in vivo* avec don de sperme – qui, mises en œuvre séparément, étaient autorisées par la loi sur la procréation artificielle. Dans ces conditions, elle a considéré que le Gouvernement aurait dû fournir des explications particulièrement convaincantes pour justifier l'interdiction de l'utilisation combinée de deux techniques autorisées par la loi. Or elle a relevé que la plupart des arguments avancés par le Gouvernement n'étaient pas applicables au seul don de sperme aux fins d'une fécondation *in vitro*. Quant à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'interdiction de l'insémination artificielle *in vivo* aurait été difficile à contrôler parce qu'elle était pratiquée depuis longtemps et qu'elle était facile à mettre en œuvre, la chambre a considéré que des considérations de simple efficacité ne pouvaient prévaloir sur des intérêts particulièrement importants des individus concernés et elle a jugé que la différence de traitement litigieuse n'était pas justifiée. Elle a conclu à cet égard aussi qu'il y avait eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

## B. Thèses des parties

### 1. Les requérants

56. Les intéressés soutiennent que l'article 8 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce. Ils estiment par ailleurs que la législation litigieuse porte directement atteinte à leurs droits au titre de l'article 8 puisque, en son absence, ils pourraient bénéficier facilement et immédiatement du traitement médical voulu, à savoir une fécondation *in vitro* avec don de gamètes, technique qui aurait connu des progrès considérables ces dernières années et serait devenue beaucoup plus fiable que par le passé. Aucune obligation positive ne serait en cause dans la présente affaire, qui se présenterait comme un cas classique d'ingérence non nécessaire, dans une société démocratique, et disproportionnée.

57. Le droit de fonder une famille et le droit à la procréation revêtiraient une telle importance que les Etats contractants ne disposeraient d'aucune marge d'appréciation pour régler ces questions. La décision d'un couple de recourir à l'assistance médicale à la procréation concernerait son intimité la plus profonde, raison pour laquelle le législateur devrait faire preuve d'une retenue particulière lorsqu'il légifère dans ce domaine.

58. Toutes les objections soulevées par le Gouvernement concerneraient la procréation artificielle en général et elles ne répondraient pas de manière convaincante à la question de savoir pourquoi certaines techniques de procréation assistée devraient être autorisées et d'autres prohibées. Le risque d'exploitation des donneuses d'ovocytes invoqué par le Gouvernement serait dépourvu de pertinence dans des cas tels ceux de l'espèce, car il suffirait d'interdire la rémunération du don de gamètes pour prévenir de tels abus, interdiction déjà prévue par la législation autrichienne. La thèse selon laquelle le don d'ovules conduirait à la création de liens familiaux atypiques se caractérisant par une dissociation – traumatisante sur le plan du développement émotionnel des enfants ainsi conçus – de la filiation maternelle entre la mère génétique et la mère utérine serait fallacieuse car, de nos jours, nombreux seraient les enfants à vivre dans des familles dont un seul membre aurait un lien génétique avec eux.

59. Le régime institué par la loi sur la procréation artificielle, qui n'interdit pas de manière générale et absolue l'utilisation des techniques hétérologues de procréation médicalement assistée, serait incohérent et illogique en ce qu'il prévoirait des exceptions permettant le don de sperme dans des cas déterminés. Les explications avancées par le Gouvernement pour justifier cette différence de traitement ne seraient pas convaincantes. Serait notamment paradoxale l'existence d'un fonds public destiné au financement des traitements de fécondation *in vitro*, qui donnerait à penser que cette technique présente une utilité publique alors pourtant que son utilisation serait soumise à de sévères restrictions.

60. Le statut juridique de la procréation artificielle dans les Etats membres se caractériserait désormais par un consensus en faveur de l'autorisation du don d'ovules et du don de sperme. Dans ces conditions, force serait de constater que l'interdiction de ces deux pratiques par la loi autrichienne est contraire à l'article 8 de la Convention.

## 2. Le Gouvernement

61. En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 8 de la Convention, le Gouvernement observe que, selon la Cour constitutionnelle, le souhait de procréer exprimé par des conjoints ou des concubins constitue une forme d'expression essentielle de leur personnalité et relève à ce titre de la sphère de la vie privée protégée par l'article 8 § 1 de la Convention. En conséquence, il admet que l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce.

62. Il estime que la question de savoir si la mesure critiquée constitue une ingérence des pouvoirs publics ou un manquement à une obligation positive peut être laissée ouverte car les principes applicables sont les mêmes dans les deux cas. Dans les deux hypothèses, il conviendrait de ménager

un juste équilibre entre les intérêts privés et les intérêts publics concurrents et, en l'absence d'un consensus européen sur la question litigieuse, l'Etat bénéficierait d'une marge d'appréciation particulièrement étendue. En tout état de cause, l'interdiction incriminée aurait une base légale en droit interne et poursuivrait un but légitime, à savoir la protection des droits d'autrui, notamment des donneurs potentiels.

63. La question fondamentale en l'espèce consisterait non pas à savoir s'il convient ou non d'autoriser le recours à la procréation médicalement ou techniquement assistée et, dans l'affirmative, quelles limites l'Etat peut y apporter, mais à déterminer dans quelle mesure celui-ci doit accepter qu'un tiers puisse contribuer à la réalisation du souhait d'un couple de procréer. Le droit au respect de la vie privée engloberait certes le droit pour une personne de réaliser son désir d'enfant, mais les Etats n'en seraient pas pour autant tenus d'autoriser indistinctement l'utilisation de toutes les méthodes de procréation techniquement réalisables, et encore moins de les mettre à la disposition des personnes concernées. La marge d'appréciation reconnue aux Etats devrait leur permettre de décider seuls de l'équilibre à ménager entre les intérêts antagonistes eu égard aux impératifs sociaux et culturels propres à leur pays ainsi qu'à leurs traditions.

64. Le législateur autrichien aurait tenu compte de tous les intérêts en jeu et serait parvenu à un équilibre respectueux de l'article 8 de la Convention en autorisant l'assistance médicale à la procréation tout en l'encadrant dans les situations où l'état de la science médicale et de la société ne permet pas encore la reconnaissance juridique de la technique dont les requérantes souhaitent bénéficier, à savoir la fécondation *in vitro* avec don de gamètes. Ne pouvant ni ne devant ignorer l'inquiétude suscitée par le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne dans des pans entiers de la société, il aurait élaboré la loi sur la procréation artificielle dans l'intention de prévenir les effets pervers et les abus qui pourraient résulter des progrès de la médecine reproductive et de s'assurer que celle-ci ne soit utilisée qu'à des fins thérapeutiques et non dans d'autres buts tels que la « sélection » des enfants à naître.

65. Après y avoir mûrement réfléchi, le législateur aurait apporté à la question posée une réponse satisfaisante tenant compte de la dignité humaine, du bien-être des enfants et du droit à la procréation. La fécondation *in vitro* offrirait de vastes possibilités de sélection des gamètes qui pourraient déboucher en définitive sur des pratiques eugéniques (*Zuchtauswahl*). Cette technique soulèverait de graves questions concernant la santé des enfants ainsi conçus et les valeurs éthiques et morales de la société.

66. Au cours des débats parlementaires, il aurait été souligné que le don d'ovocytes dépendait de la disponibilité de ceux-ci et qu'il pouvait

entraîner des problèmes tels que l'exploitation et l'humiliation des femmes, en particulier celles issues de milieux socialement défavorisés. D'autre part, les femmes recourant à un traitement de fécondation *in vitro* pourraient se voir contraintes de fournir plus d'ovules qu'il ne serait strictement nécessaire pour leur traitement, ce afin de leur permettre d'en assumer le coût.

67. La fécondation *in vitro* poserait également problème en ce qu'elle conduirait à la création de relations familiales atypiques caractérisées par une discordance entre la réalité sociale et la réalité biologique découlant de la dissociation de la filiation maternelle en une composante génétique, une composante « utérine » et peut-être aussi une composante sociale. Par ailleurs, il conviendrait également de tenir compte de l'intérêt légitime des enfants à connaître leur filiation réelle, ce qui serait presque toujours impossible à ceux conçus par fécondation avec don de gamètes puisqu'elle n'apparaîtrait pas dans les registres des naissances, des mariages et des décès, les dispositions légales protectrices prévues par le régime de l'adoption n'étant pas applicables en la matière.

68. L'autorisation de l'insémination artificielle *in vivo* se justifierait pour deux raisons : d'abord, ainsi que le rapport explicatif du projet de loi sur la procréation artificielle l'aurait souligné, cette technique serait beaucoup plus facile à mettre en œuvre que les autres méthodes d'assistance médicale à la procréation et les autorités ne pourraient donc contrôler efficacement son interdiction ; ensuite elle serait pratiquée depuis longtemps. L'interdiction de ce procédé relativement simple aurait donc été vaine et n'aurait pas constitué une mesure adaptée à la réalisation des buts poursuivis par la loi.

### C. Observations des tiers intervenants

#### 1. Le gouvernement allemand

69. Le gouvernement allemand indique que l'article 1 § 1 de la loi allemande sur la protection des embryons (*Embryonenschutzgesetz*) érige en délit le fait d'implanter dans le corps d'une femme un ovule qui n'est pas le sien.

70. Cette disposition viserait à protéger le bien-être de l'enfant en conférant un caractère certain à l'identité de la mère. Accepter la dissociation de la filiation maternelle en une composante génétique et une composante utérine reviendrait à reconnaître que deux femmes peuvent prendre part à la conception d'un enfant et irait à l'encontre de l'un des fondements de la société, à savoir le principe selon lequel la filiation maternelle ne doit pas être ambiguë. La dissociation de la filiation maternelle serait contraire au bien-être de l'enfant en ce qu'elle jetterait le doute sur l'identité de la mère,

mettant ainsi en péril le développement de la personnalité de l'enfant et entravant gravement la construction de son identité.

71. Cette dissociation comporterait en outre le risque de voir une mère utérine qui aurait connaissance des caractéristiques génétiques de la femme dont elle a reçu les ovules imputer à celle-ci les maladies ou les handicaps pouvant affecter l'enfant et avoir à l'égard de celui-ci une réaction de rejet. Un autre conflit de nature à créer des tensions dans les relations de la mère utérine et de la mère génétique avec l'enfant pourrait survenir dans le cas où cette dernière ne parviendrait pas elle-même à concevoir un enfant par fécondation *in vitro*. Au vu de ce qui précède, la dissociation de la maternité représenterait une grave menace pour le bien-être des enfants, raison pour laquelle les interdictions posées par la loi sur la protection des embryons seraient justifiées.

## 2. *Le gouvernement italien*

72. Le gouvernement italien avance que la législation italienne sur la procréation médicalement assistée se distingue fondamentalement de la législation autrichienne en ce qu'elle interdit de manière générale l'emploi de toute technique hétérologue de procréation médicalement assistée et qu'elle subordonne le recours aux techniques homologues à la stérilité du couple.

73. Le droit d'une personne ou d'un couple à concevoir un enfant et à recourir à cette fin à la procréation médicalement assistée ne serait pas protégé par l'article 8 de la Convention. En conséquence, cet article n'aurait pas pour effet d'imposer aux Etats contractants l'obligation positive de mettre à la disposition des couples stériles toutes les techniques existantes dans ce domaine. En l'absence d'un consensus européen sur la question de la procréation médicalement assistée, les Etats contractants jouiraient d'une ample marge d'appréciation leur permettant de façonner leur politique en cette matière complexe et lourde de conséquences sur les plans scientifique, juridique, éthique et social. La fécondation *in vitro*, qui aurait un effet direct sur la vie humaine et les bases de la société, serait clairement une question très sensible, qui ne ferait l'objet d'aucun consensus en Europe. La procréation médicalement assistée serait aussi très risquée. La pratique du don de gamètes pourrait exposer les femmes économiquement défavorisées à des pressions et encourager le trafic d'ovules. Des études scientifiques auraient également fait apparaître l'existence d'un lien entre la fécondation *in vitro* et les naissances prématurées. Enfin, accepter que la filiation maternelle puisse être dissociée reviendrait à la remettre en cause et ébranlerait les fondements de la société.

### 3. *Hera ONLUS et SOS Infertilità Onlus*

74. Hera ONLUS et SOS Infertilità Onlus soutiennent que la stérilité doit être envisagée comme une question de santé humaine. Restreindre l'accès aux méthodes de fécondation *in vitro* hétérologues reviendrait à refuser aux personnes concernées le bénéfice d'un traitement disponible et s'analyserait en une ingérence dans leurs droits garantis par l'article 8 de la Convention. Il ne serait pas nécessaire d'interdire le recours aux techniques hétérologues de procréation médicalement assistée pour prévenir les répercussions sur le développement psychologique et social des enfants. Compte tenu des règles strictes de qualité et de contrôle établies par l'Union européenne, l'interdiction totale de l'accès aux différents traitements hétérologues ne serait pas le meilleur moyen de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence. Pareille mesure emporterait un autre effet pervers, à savoir la pratique du «tourisme procréatif», à laquelle se livreraient des couples stériles dans l'intention d'obtenir à l'étranger un traitement contre la stérilité, au risque de s'exposer à des conditions sanitaires médiocres, à des frais substantiels et à des tensions émotionnelles considérables.

### 4. *European Centre for Law and Justice*

75. L'organisation European Centre for Law and Justice estime que la Convention n'impose pas aux Etats l'obligation positive de donner accès à des techniques de procréation médicalement assistée. En tout état de cause, à supposer même que le refus de l'Etat d'autoriser les traitements de fécondation *in vitro* hétérologues s'analyse en une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 8, celle-ci serait proportionnée.

76. Faute d'un consensus européen sur les questions moralement et éthiquement délicates en cause, les Etats contractants bénéficieraient d'une ample marge d'appréciation. L'Autriche n'aurait du reste pas édicté une interdiction totale de la procréation médicalement assistée mais elle aurait autorisé certaines méthodes et en aurait prohibé d'autres, courantes à l'étranger. En outre, les couples stériles désireux d'avoir des enfants pourraient aussi se tourner vers l'adoption.

### 5. *Aktion Leben*

77. Selon Aktion Leben, le traitement de fécondation *in vitro* ayant recours au don de gamètes – en particulier au don d'ovules – présente des risques médicaux considérables et soulève une question délicate et problématique, celle de la filiation multiple. En outre, le don d'ovules accroîtrait le risque d'exploitation des femmes et de commercialisation du corps féminin et impliquerait une intervention médicale très dangereuse

pour les donneuses. Les liens familiaux atypiques en résultant pourraient avoir des effets néfastes sur les rapports familiaux et sociaux existants. Les traitements de fécondation *in vitro* pourraient aussi provoquer des problèmes d'identité chez les enfants ainsi conçus et, dans le cas du don de sperme, causer des traumatismes aux enfants désireux d'établir des relations avec leur père génétique.

## D. Appréciation de la Cour

### 1. Sur l'applicabilité de l'article 8

78. Le Gouvernement reconnaît que l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce. A cet égard, il renvoie à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 14 octobre 1999. La haute juridiction y aurait estimé que la décision d'un couple marié ou vivant maritalement de concevoir un enfant et d'avoir recours à l'assistance médicale à la procréation relève du droit au respect de la vie privée et, par conséquent, de la sphère protégée par l'article 8.

79. Les requérants partagent l'analyse du Gouvernement concernant l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

80. La Cour rappelle que la notion de «vie privée» au sens de l'article 8 de la Convention est une notion large qui englobe, entre autres, le droit, pour l'individu, de nouer et développer des relations avec ses semblables (*Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, § 29, série A n° 251-B), le droit au «développement personnel» (*Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I), ou encore le droit à l'autodétermination (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Des facteurs tels que l'identification, l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 41, série A n° 45, et *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-I, et *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 212, CEDH 2010).

81. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni* ([GC], n° 44362/04, § 66, CEDH 2007-V, avec les références qui s'y trouvent citées), où était en cause le refus d'octroyer aux requérants – un détenu et son épouse – la possibilité de pratiquer une insémination artificielle, la Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 8 au motif que la technique de procréation en question concernait la vie privée et familiale des intéressés, précisant que cette notion englobait un droit pour eux à voir respecter leur décision de devenir parents génétiques



82. La Cour considère que le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale. En conséquence, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce.

2. *Sur le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence*

83. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (22 avril 1997, § 44, *Recueil* 1997-II), la Cour a constaté qu'il n'était pas démontré que les Hautes Parties contractantes suivissent dans l'ensemble une approche commune lorsqu'il s'agissait de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par insémination artificielle avec donneur et la personne assumant le rôle de père. Elle a ajouté que, selon les informations dont elle disposait, si les techniques d'assistance médicale à la procréation avaient cours en Europe depuis plusieurs décennies, nombre des questions qu'elles soulevaient, en matière de filiation notamment, faisaient encore l'objet de controverses, relevant entre autres qu'il n'y avait pas de consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe sur le point de savoir s'il était préférable, dans l'intérêt de l'enfant ainsi conçu, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci (*ibidem*). Elle a conclu que les questions soulevées dans cette affaire touchaient à des domaines où il n'y avait guère de communauté de vues entre les Etats membres et où, de manière générale, le droit paraissait traverser une phase de transition (*ibidem*).

84. L'arrêt en question a été rendu en 1997, peu avant l'introduction par les requérants en l'espèce (mai 1998) d'une demande de contrôle de constitutionnalité de l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle devant la Cour constitutionnelle autrichienne. Il ressort des informations en possession de la Cour que, depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne, la science médicale a connu maintes évolutions, auxquelles certains Etats contractants ont répondu par des mesures législatives. Ces évolutions pourraient donc avoir une influence sur l'appréciation des faits par la Cour. Toutefois, celle-ci n'est pas appelée à rechercher si l'interdiction du don de gamètes litigieuse serait aujourd'hui justifiée au regard de la Convention, mais elle doit déterminer si cette mesure était justifiée à l'époque où la Cour constitutionnelle autrichienne l'a examinée (*J.M. c. Royaume-Uni*, n° 37060/06, § 57, 28 septembre 2010, et, *mutatis mutandis*, *Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, § 91, CEDH 2008, et *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 106, CEDH 2010). Cela dit,

rien n'empêche la Cour de prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus depuis lors.

85. Pour statuer sur la conformité de la législation litigieuse avec l'article 8 de la Convention, la Cour doit ensuite déterminer si la législation en cause s'analyse en une atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale constitutive d'un manquement de l'Etat à une obligation négative ou en un défaut d'exécution d'une obligation positive qui pèserait sur lui à cet égard.

86. Selon les requérants, la disposition incriminée porte directement atteinte à leurs droits au titre de l'article 8 puisque, en son absence, ils pourraient bénéficier d'une fécondation *in vitro* avec don de gamètes – technique médicale courante et aisément accessible. Pour sa part, le Gouvernement estime que la question de savoir si la mesure litigieuse s'analyse en une ingérence des pouvoirs publics ou en un manquement allégué à une obligation positive peut être laissée ouverte, les principes applicables étant les mêmes dans les deux cas.

87. La Cour rappelle que si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de 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 et familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée et familiale, jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents (*Odièvre c. France* [GC], n° 42326/98, § 40, CEDH 2003-III, et *Evans*, précité, § 75).

88. La Grande Chambre estime qu'en l'espèce la législation en cause peut être envisagée sous l'angle de la question de savoir s'il pèse sur l'Etat une obligation positive d'autoriser certaines techniques de procréation artificielle faisant appel au sperme ou aux ovules d'un tiers. L'affaire lui paraît toutefois aussi pouvoir être considérée comme mettant en cause une ingérence de l'Etat dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie familiale, cette ingérence résultant de l'interdiction faite aux intéressés par l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle de recourir à certaines techniques développées par la science médicale dans ce domaine. Relevant que les intéressés ont été privés d'un traitement de procréation médicalement assistée par l'effet d'une disposition de la loi qu'ils ont tenté en vain de contester devant les juridictions internes, la Cour traitera leur grief sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par eux de leur droit de

recourir à des techniques de procréation artificielle. En tout état de cause, comme indiqué ci-dessus, les principes applicables à la justification au regard de l'article 8 § 2 sont comparables quelle que soit l'approche choisie pour l'analyse (*Evans*, précité, § 75, et *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 49, série A n° 290).

### 3. Sur l'observation de l'article 8 § 2

89. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si elle peut se justifier sous l'angle du paragraphe 2 de cette disposition, c'est-à-dire si elle était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs buts légitimes énumérés dans cette disposition et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre ce ou ces buts.

#### a) « Prévues par la loi » et but légitime

90. La Cour considère que la mesure critiquée était prévue par la loi, plus précisément par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle, et qu'elle poursuivait les buts légitimes que constituent la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui. Ce point ne prête pas à controverse entre les parties, dont les arguments portent principalement sur la question de la nécessité de l'ingérence.

#### b) Nécessité dans une société démocratique et marge d'appréciation applicable

91. La Cour rappelle que pour apprécier la « nécessité » de la mesure litigieuse « dans une société démocratique » il lui faut examiner, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les motifs invoqués pour la justifier sont pertinents et suffisants aux fins de l'article 8 § 2 (voir, parmi beaucoup d'autres, *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, § 68, série A n° 130, *K. et T. c. Finlande* [GC], n° 25702/94, § 154, CEDH 2001-VII, *Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 65, CEDH 2002-I, et *P. C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, § 114, CEDH 2002-VI).

92. Dans une affaire issue d'une requête individuelle, la Cour n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait une législation ou une pratique contestées, mais elle doit autant que possible se limiter, sans oublier le contexte général, à traiter les questions soulevées par le cas concret dont elle se trouve saisie (*Olsson c. Suède (n° 1)*, précité, § 54). Elle n'a donc pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de régler les questions que pose la procréation artificielle.

93. Les requérants soutiennent que le droit de fonder une famille et le droit à la procréation revêtent une telle importance que les Etats contractants ne bénéficient d'aucune marge d'appréciation pour légiférer en la matière.

94. La Cour rappelle que, pour se prononcer sur l'ampleur de la marge d'appréciation devant être reconnue à l'Etat dans une affaire soulevant des questions au regard de l'article 8, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte (*Evans*, précité, § 77, avec les références qui s'y trouvent citées). En revanche, 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, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (*Evans*, précité, § 77, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, § 44, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 41, CEDH 2002-I, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 85, CEDH 2002-VI, et *A, B et C c. Irlande*, précité, § 232). Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le « contenu précis des exigences de la morale » mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre (*A, B et C c. Irlande*, précité, § 232, avec les références qui s'y trouvent citées). La marge d'appréciation est généralement étendue lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (*Evans*, précité, § 77, et *Dickson*, précité, § 78).

95. A cet égard, la Cour observe qu'il ressort du rapport intitulé « Assistance médicale à la procréation et protection de l'embryon humain – étude comparative sur la situation dans 39 pays » établi par le Conseil de l'Europe en 1998 à partir des réponses données par ses Etats membres au Comité directeur pour la bioéthique que, à cette époque, le don d'ovules était expressément prohibé en Allemagne, en Autriche, en Irlande, en Norvège, en Slovaquie, en Slovénie, en Suède et en Suisse, et le don de sperme en Autriche, en Allemagne, en Irlande, en Norvège et en Suède. A l'heure actuelle, outre l'Autriche, seuls trois pays interdisent le don de sperme – l'Italie, la Lituanie et la Turquie. Le don d'ovules est interdit dans ces quatre pays ainsi qu'en Allemagne, en Croatie, en Norvège et en Suisse. Toutefois, les normes qui peuvent exister en matière de procréation médicalement assistée sont très disparates. Certains Etats membres ont adopté une législation précise. D'autres pays n'ont réglementé que certains aspects et plusieurs Etats n'ont rien prévu à ce sujet.

96. La Cour constate que les Etats contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro*, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen. Toutefois, le consensus qui semble se dessiner

correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat.

97. Dès lors que le recours à la fécondation *in vitro* a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, lesquelles s'inscrivent dans un contexte d'évolution rapide de la science et de la médecine, et que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a pas encore une claire communauté de vues entre les Etats membres, la Cour estime qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation (*X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, § 44). Celle-ci doit en principe s'appliquer tant à la décision de légiférer ou non en la matière que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit (*Evans*, précité, § 82). Cependant, les choix opérés par le législateur en la matière n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'Etat et ceux des individus directement touchés par les solutions en question. A cet égard, la Cour estime que la situation du couple formé par les premier et deuxième requérants et celle du couple formé par les troisième et quatrième requérants doivent être examinées séparément. Elle juge approprié de se pencher d'abord sur la situation de ces derniers.

#### c) Les troisième et quatrième requérants (don d'ovules)

98. La troisième requérante est totalement stérile. En revanche, son mari – le quatrième requérant – est apte à procréer. Il n'est pas contesté que, du point de vue médical, les intéressés se trouvent dans une situation où la fécondation *in vitro* avec don d'ovules est la seule technique qui puisse leur permettre de réaliser leur souhait d'avoir un enfant dont l'un d'entre eux au moins serait le parent génétique. Toutefois, ils ne peuvent en bénéficier en raison de l'interdiction des techniques hétérologues de procréation assistée à des fins de fécondation *in vitro* posée par l'article 3 § 1 de la loi sur la procréation artificielle, disposition qui proscriit le don d'ovules sans aucune exception.

99. Selon le Gouvernement, la décision du législateur autrichien d'interdire le don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* était nécessaire dans une société démocratique. Le législateur aurait ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en cause. Il aurait été contraint d'apporter un certain nombre de restrictions à l'utilisation

des moyens offerts par les techniques d'assistance médicale à la procréation pour tenir compte du caractère moralement et éthiquement délicat des questions qu'elles soulèvent ainsi que de l'inquiétude que suscitent le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne dans de larges pans de la société.

100. La Cour estime que, dans un domaine aussi délicat que celui de la procréation artificielle, les préoccupations tenant à des considérations d'ordre moral ou à l'acceptabilité sociale des techniques en question doivent être prises au sérieux. Toutefois, elles ne sauraient justifier à elles seules l'interdiction totale de telle ou telle méthode de procréation assistée, en l'occurrence le don d'ovules. Nonobstant l'ample marge d'appréciation dont les Parties contractantes bénéficient dans ce domaine, le cadre juridique mis en place doit être cohérent et permettre une prise en compte suffisante des divers intérêts légitimes en jeu.

101. Le Gouvernement soutient notamment que les nouvelles techniques médicales de procréation assistée – au nombre desquelles figure la fécondation *in vitro* – présentent le risque inhérent d'une utilisation non seulement à des fins thérapeutiques, mais aussi dans d'autres buts, notamment la « sélection » des enfants à naître. Il ajoute que le don d'ovules comporte un danger d'exploitation et d'humiliation des femmes, en particulier celles issues de milieux socialement défavorisés. D'autre part, les femmes recourant à un traitement de fécondation *in vitro* pourraient se voir contraintes de fournir plus d'ovules qu'il ne serait strictement nécessaire pour leur traitement, ce afin de leur permettre d'en assumer le coût (paragraphe 66 ci-dessus). Il souligne que cette technique, qui implique une ponction d'ovules, est dangereuse et emporte de graves conséquences pour les femmes qui s'y soumettent, et que le législateur doit se montrer particulièrement vigilant pour y parer dès lors que des tiers sont en cause, à savoir les donneuses.

102. Pour leur part, les requérants plaident que le législateur autrichien pouvait prendre d'autres mesures pour réduire – voire éviter – les effets néfastes invoqués par le Gouvernement à l'appui de la nécessité de l'ingérence et que, en tout état de cause, ceux-ci ne sont pas suffisants pour prévaloir sur leur intérêt à réaliser leur souhait de concevoir un enfant.

103. La Cour note que la procréation assistée est un domaine qui connaît des évolutions rapides du point de vue de la science et de l'encadrement juridique de ses applications médicales. Aussi est-il particulièrement difficile d'établir une base solide pour apprécier la nécessité et l'opportunité de dispositions légales dont les effets pourraient mettre de nombreuses années à se faire sentir. Il n'est donc guère étonnant que les Etats jugent nécessaire d'intervenir avec une grande circonspection en la matière.

104. La Cour constate à cet égard que le législateur autrichien n'a pas interdit totalement la procréation artificielle, puisqu'il a autorisé le recours aux techniques homologues. Il ressort de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 14 octobre 1999 que la loi autrichienne repose sur l'idée selon laquelle la procréation médicalement assistée doit demeurer aussi proche que possible de la conception naturelle, le législateur ayant notamment voulu maintenir le principe fondamental de droit civil contenu dans l'adage *mater semper certa est* (« la mère est toujours certaine ») en faisant en sorte que deux femmes ne puissent se disputer la maternité biologique d'un même enfant, ce afin d'éviter des conflits éventuels entre la filiation utérine et la filiation génétique au sens large. Ainsi, le législateur s'est efforcé de concilier le souhait de donner accès à la procréation médicalement assistée et l'inquiétude que suscitent dans de larges pans de la société le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne, laquelle soulève de délicates questions d'ordre moral et éthique.

105. La Cour observe en outre que le législateur autrichien a assorti la loi sur la procréation artificielle de garanties et de précautions spécifiques, notamment en réservant l'usage des techniques de procréation artificielle aux médecins spécialistes dotés de compétences et d'une expérience particulières dans ce domaine et soumis aux règles déontologiques de leur profession (paragraphe 32 ci-dessus), et en interdisant la rémunération du don de gamètes. Ces mesures visent à prévenir les risques potentiels de sélection eugénique ainsi qu'à empêcher des utilisations abusives des techniques existantes et l'exploitation des femmes donneuses d'ovules en situation de vulnérabilité. Le législateur autrichien pouvait théoriquement aussi élaborer et adopter d'autres mesures ou garanties propres à réduire les risques inhérents au don d'ovules évoqués par le Gouvernement. En ce qui concerne les préoccupations exprimées par celui-ci au sujet de la création de rapports caractérisés par une discordance entre la réalité sociale et la réalité biologique, la Cour relève que les liens familiaux atypiques au sens large, qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, ne sont pas inconnus des ordres juridiques des Etats contractants. L'institution de l'adoption, que tous les Etats membres connaissent, a évolué au fil du temps pour aboutir à un régime juridique réglementant de manière satisfaisante les rapports qui en découlent. De la même manière, il aurait été possible au législateur d'apporter des solutions juridiques acceptables aux difficultés que suscite le don d'ovules. Toutefois, la Cour doit tenir compte de ce que la dissociation de la maternité entre une mère génétique et une mère utérine crée des rapports très différents de ceux qui résultent de l'adoption et ajoute une nouvelle dimension au problème.

106. La Cour admet que le législateur autrichien aurait pu donner à la procréation artificielle un autre cadre juridique, qui aurait autorisé le don d'ovules. Elle relève, à cet égard, qu'un certain nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe ont opté pour cette solution. Toutefois, la question essentielle qui se pose sur le terrain de l'article 8 n'est pas celle de savoir si le législateur aurait pu trouver une autre solution, peut-être plus équilibrée, mais si en retenant la solution ici critiquée il a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait au titre de cette disposition (*Evans*, précité, § 91). Pour trancher cette question, la Cour attache un certain poids au fait, noté ci-dessus, qu'il n'existe pas un consensus européen suffisamment solide sur le point de savoir si le don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* doit être autorisé.

107. A ce propos, la Cour observe qu'au niveau européen le seul instrument à traiter de la question du don d'ovules aux fins de procréation assistée est la série de principes adoptés en 1989 par le Comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales, dont le onzième énonce que la fécondation *in vitro* doit être effectuée avec les gamètes du couple. Ni la Convention de 1997 sur les droits de l'homme et la biomédecine ni son Protocole additionnel adopté en 2002 n'abordent cette question. La Directive 2004/23/CE de l'Union européenne énonce expressément qu'elle « ne devrait pas porter atteinte aux décisions prises par les Etats membres concernant l'utilisation ou la non-utilisation de tel ou tel type de cellules humaines, y compris les cellules germinatives et les cellules souches embryonnaires ».

#### **d) Les premier et deuxième requérants (don de sperme)**

108. La première requérante souffre de stérilité tubaire. Son mari, le deuxième requérant, est lui aussi stérile. Il est constant que, du point de vue médical, les intéressés se trouvent dans une situation où la fécondation *in vitro* avec don de sperme est la seule technique qui puisse leur permettre de réaliser leur souhait d'avoir un enfant dont l'un d'entre eux au moins serait le parent génétique.

109. Toutefois, ils ne peuvent bénéficier de ce traitement en raison de l'interdiction de l'utilisation des techniques hétérologues de procréation assistée à des fins de fécondation *in vitro* posée par l'article 3 § 1 de la loi sur la procréation artificielle, disposition qui proscriit le recours au don de sperme dans leur cas. En revanche, l'article 3 § 2 de ladite loi autorise le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo*.

110. La Cour rappelle qu'un Etat peut, sans enfreindre l'article 8 de la Convention, adopter une législation régissant des aspects importants de la vie privée qui ne prévoit pas de mise en balance des intérêts concurrents



dans chaque cas. Lorsque des aspects importants de la vie privée sont en jeu, l'édiction par le législateur d'une règle à caractère absolu visant à promouvoir la sécurité juridique n'est pas incompatible avec l'article 8 (*Evans*, précité, § 89).

111. La chambre a accordé une grande importance au fait que le traitement dont les intéressés souhaitaient bénéficier combinait deux techniques – la fécondation *in vitro* homologue et la fécondation *in vivo* avec don de sperme – qui, mises en œuvre séparément, étaient autorisées par la loi sur la procréation artificielle. Elle a jugé qu'il fallait des explications particulièrement convaincantes pour justifier l'interdiction de l'utilisation combinée de deux techniques par ailleurs licites. Or, pour elle, le seul argument spécifique à l'interdiction litigieuse consistait à dire que l'insémination artificielle *in vivo* était une pratique ancienne et d'une telle facilité de mise en œuvre que les autorités auraient du mal à en contrôler l'interdiction. Elle y a vu une considération de simple efficacité qui ne pouvait prévaloir sur les intérêts particulièrement importants des individus concernés, raison pour laquelle elle a conclu que la différence de traitement ne se justifiait pas (paragraphe 92-93 de l'arrêt de la chambre).

112. La Grande Chambre n'est pas convaincue par ce raisonnement. Elle considère que le cadre législatif dans lequel s'inscrit l'interdiction de telle ou telle technique de procréation artificielle doit être pris en compte, pour l'examen de la conformité avec la Convention de l'interdiction en question, et que celle-ci doit être envisagée dans ce contexte plus large.

113. Il est vrai que certains des arguments avancés par le Gouvernement pour justifier l'interdiction du don de gamètes à des fins de fécondation *in vitro* – tels que la nécessité de prévenir le risque d'exploitation des femmes en situation de vulnérabilité, de limiter les risques sanitaires auxquels s'exposent les donneuses d'ovules et d'empêcher la création de rapports familiaux atypiques liés à la dissociation de la maternité – ne valent que pour l'interdiction du don d'ovules. Restent toutefois les préoccupations d'ordre général exprimées par le Gouvernement, à savoir que le don de gamètes impliquant des tiers dans un processus médical hautement technique est controversé et soulève des questions sociales et morales complexes qui ne font l'objet d'aucun consensus en Autriche et pour lesquelles il faut faire entrer en ligne de compte la dignité humaine, le bien-être des enfants ainsi conçus et la prévention des inconvénients ou des abus possibles. La Cour a conclu ci-dessus que l'interdiction du don d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* décidée par le législateur autrichien sur la base de ces considérations était compatible avec l'article 8. Elle estime que lesdites considérations sont également pertinentes pour l'interdiction des dons de sperme à des fins de

fécondation *in vitro*, eu égard à la nécessité de tenir compte du cadre général dans lequel elle a été édictée.

114. Le fait que le législateur autrichien a adopté une loi sur la procréation artificielle consacrant l'interdiction des dons de sperme et d'ovules à des fins de fécondation *in vitro* sans pour autant proscrire le don de sperme à des fins de fécondation *in vivo*, technique tolérée depuis longtemps et communément admise dans la société, est un élément important pour la mise en balance des divers intérêts en présence et ne peut se ramener à une simple question d'efficacité du contrôle des interdictions. Au contraire, il faut y voir la marque du soin et de la circonspection avec lesquels le législateur autrichien a cherché à concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière. A cet égard, la Cour observe que le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents (voir, *mutatis mutandis*, *A, B et C c. Irlande*, précité, § 239).

#### e) Conclusion de la Cour

115. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation *in vitro* posées par l'article 3 de la loi sur la procréation artificielle n'ont excédé la marge d'appréciation dont le législateur autrichien disposait à l'époque pertinente.

116. Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des requérants.

117. Néanmoins, la Cour ne peut que constater que le parlement autrichien n'a pas, à ce jour, procédé à un réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société à cet égard. Elle observe au demeurant que tout en jugeant que le législateur avait respecté le principe de proportionnalité découlant de l'article 8 § 2 de la Convention et que le choix fait par lui d'autoriser en principe les méthodes homologues de procréation artificielle – et à titre exceptionnel l'insémination avec don de sperme – reflétait l'état de la science médicale de l'époque et le consensus existant dans la société, la Cour constitutionnelle a précisé que ces données n'étaient pas figées et qu'elles pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte.

118. Le Gouvernement n'a pas indiqué si les autorités autrichiennes avaient donné suite à cet aspect de l'arrêt de la Cour constitutionnelle. A cet égard, la Cour rappelle que la Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des circonstances actuelles (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, § 47, série A n° 106). Bien qu'elle ait conclu à la non-violation de l'article 8 en l'espèce, elle observe que le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États contractants (*Christine Goodwin*, précité, § 74, et *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 68, CEDH 2002-IV).

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

119. Les requérants allèguent que l'interdiction du recours à des techniques hétérologues de procréation artificielle en vue d'une fécondation *in vitro* posée par l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle a emporté violation de leurs droits au titre de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

120. En l'espèce, la Cour estime que la substance du grief des requérants a été suffisamment prise en compte dans le cadre de l'examen de leurs allégations fondées sur l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément les mêmes faits sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

### PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Rejette*, à l'unanimité, l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement;
2. *Dit*, par 13 voix contre 4, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 novembre 2011.

Michael O'Boyle  
Greffier adjoint

Jean-Paul Costa  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion séparée du juge De Gaetano ;
- opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska et Tsotsoria.

J.-P.C.  
M.O'B.

## OPINION SÉPARÉE DU JUGE DE GAETANO

(Traduction)

1. J'ai voté avec la majorité dans cette affaire car je pense que les faits de la cause ne révèlent pas de violation de l'article 8, ni d'ailleurs de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Toutefois, certaines implications du raisonnement de la majorité m'inspirent de sérieuses réserves.

2. La dignité humaine – dont découle la notion de valeur inhérente de la vie humaine – est au cœur même de l'ensemble de la Convention. Elle peut bien sûr relever plus directement et immédiatement de certaines dispositions de la Convention que d'autres articles de celle-ci. L'article 8 est l'une de ces dispositions. Pour répondre à la question, posée aux paragraphes 85 et suivants de l'arrêt, de savoir si l'affaire devait être examinée sous l'angle d'une « atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale (...) ou en un défaut d'exécution d'une obligation positive qui pèserait sur [l'Etat] à cet égard », il aurait d'abord fallu déterminer les limites inhérentes à l'article 8. S'il n'est pas douteux que la décision d'un couple de concevoir un enfant relève de sa vie privée et familiale (et, dans le contexte de l'article 12, du droit du couple de fonder une famille), ni l'article 8 ni l'article 12 ne peuvent s'interpréter comme conférant un droit de concevoir un enfant à *n'importe quel prix*. A mes yeux, le « désir » d'enfant ne peut devenir un objectif absolu l'emportant sur la dignité de la vie humaine.

3. Dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* ([GC], n° 44362/04, § 66, CEDH 2007-V), cité au paragraphe 81 du présent arrêt, la Cour a effectivement jugé que la procréation détachée de l'acte conjugal relevait du champ d'application de l'article 8. J'estime que, par cette décision, la Cour n'a pas fait progresser la cause de la dignité humaine mais s'est bornée à accompagner les progrès de la science médicale. L'acte personnel d'un homme et d'une femme que constitue la procréation humaine y a été réduit à une technique médicale ou de laboratoire.

4. Le présent arrêt donne à entendre (paragraphe 106) que l'existence d'un « consensus européen » en la matière est une considération importante pour déterminer s'il y a eu ou non violation de la Convention (sous l'angle de l'article 8). Là encore, cette manière d'envisager les choses élude la nécessité de se demander si tel ou tel acte, omission ou restriction fait progresser ou reculer la dignité humaine (sans compter que l'histoire a montré que le « consensus européen » a par le passé conduit à des injustices flagrantes en Europe et ailleurs). De la même manière, le point de savoir si le parlement autrichien a entrepris d'examiner de fond en comble « les règles régissant la

procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société à cet égard» (paragraphe 117) est hors de propos.

5. La procréation artificielle (par opposition à la procréation naturelle médicalement assistée) soulève bien sûr d'autres questions qui excèdent la portée du présent arrêt, telles que la congélation et la destruction des embryons humains.

6. Quels que soient les progrès de la science médicale et d'autres sciences, la reconnaissance de la valeur et de la dignité de chacun peut nécessiter l'interdiction de certains actes au nom de la valeur inaliénable et de la dignité intrinsèque de tout être humain. Pareille interdiction – à l'instar de l'interdiction du racisme, de la discrimination illégitime et de la marginalisation des malades et des handicapés – ne s'analyse pas en un déni des droits fondamentaux de l'homme mais en une reconnaissance positive et un progrès de ceux-ci.

## OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA ET TSOTSORIA

1. Dans cette question particulièrement sensible et délicate de la procréation médicalement assistée (PMA), nous ne partageons pas la conclusion de la majorité selon laquelle il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des quatre requérants.

2. En l'espèce, le premier couple s'est vu refuser les ovules d'une donneuse, tandis que le second couple n'a pu recevoir le sperme d'un donneur, en raison de la loi sur la procréation artificielle de 1992 qui dispose que seuls les gamètes provenant de personnes mariées (ou vivant maritalement) peuvent être utilisés, interdisant donc la PMA avec tiers donneur.

3. D'emblée, il est toutefois important de noter que la Grande Chambre, comme la chambre, confirme et étend à la situation présente l'applicabilité de l'article 8 de la Convention. En effet, depuis l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007 ([GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I), notre Cour admet que la notion de vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, recouvre le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir (*ibidem*, § 71). Par ailleurs, dans l'arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 ([GC], n° 44362/04, CEDH 2007-V), qui concernait la possibilité de pratiquer une insémination artificielle, la Cour a conclu à l'applicabilité de l'article 8 au motif que la technique de procréation en question relevait de la vie privée et familiale des intéressés, précisant que cette notion englobait un droit pour eux à voir respecter leur décision de devenir parents génétiques (*ibidem*, § 66). En l'espèce, la Cour précise « que le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale » (paragraphe 82 de l'arrêt). Cette reconnaissance est d'autant plus importante que, contrairement à la chambre, la Grande Chambre limite par la suite son examen à l'article 8 pris isolément, estimant que c'est sur ce terrain que se situe la substance des griefs des requérants. L'article 8 de la Convention semble donc jouer désormais un rôle accru dans les questions liées à la procréation et à la reproduction.

4. Dans une matière en profonde évolution aussi bien sur le plan scientifique et médical que social et éthique, une caractéristique de la présente affaire réside dans le *facteur temps*. La décision de la Cour constitutionnelle autrichienne rejetant les recours des requérants a été adoptée le 14 octobre 1999, cette dernière observant elle-même « que les choix opérés par le législateur [de 1992] reflétaient l'état de la science médicale de l'époque et le

consensus existant dans la société, tout en précisant que ceux-ci n'étaient pas figés et qu'ils pouvaient connaître des évolutions dont le législateur devrait tenir compte» (paragraphe 22 de l'arrêt). La requête a été introduite devant notre Cour le 8 mai 2000 et l'arrêt de la chambre a été adopté le 1<sup>er</sup> avril 2010. Dans ces circonstances particulières, il nous semble artificiel pour la Cour de se limiter à apprécier la situation telle qu'elle existait au moment du prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle en 1999 et dans le contexte de l'époque, privant ainsi délibérément un arrêt de Grande Chambre prononcé fin 2011 de toute portée réelle. Certes, l'arrêt prend soin de préciser que «rien n'empêche la Cour de prendre en considération pour son appréciation les développements intervenus depuis lors» (paragraphe 84 de l'arrêt), mais ce rappel restera, dans les faits, lettre morte.

5. Un tel choix, qui ne trouve pas d'appui décisif dans la jurisprudence de la Cour, bien au contraire (voir, notamment, *Yaşa c. Turquie*, 2 septembre 1998, § 94, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI, et *Maslov c. Autriche* [GC], n° 1638/03, §§ 91 et 92, CEDH 2008), nous paraît d'autant plus problématique que l'essentiel de l'argumentation de la Grande Chambre repose sur le consensus européen concernant le don de gamètes (ovules et sperme) dont nous savons pertinemment qu'il a évolué de manière substantielle (paragraphe 35 et suivants de l'arrêt). L'arrêt le reconnaît d'ailleurs clairement : « [i]l ressort des informations en possession de la Cour que, depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne, la science médicale a connu maintes évolutions, auxquelles certains Etats contractants ont répondu par des mesures législatives. Ces évolutions pourraient donc avoir une influence sur l'appréciation des faits par la Cour » (paragraphe 84 de l'arrêt). Toutefois, par la suite, il n'en sera rien.

6. Plus concrètement, et cet élément pèse lourd à nos yeux, la majorité constate expressément que le parlement autrichien n'a toujours pas à ce jour procédé à un réexamen approfondi des règles régissant la procréation artificielle à la lumière de l'évolution rapide que connaissent la science et la société à cet égard, en dépit du fait que la Cour constitutionnelle avait précisé dès 1999 que ces données n'étaient pas figées et qu'elles pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte (paragraphe 117 de l'arrêt). Or aucune suite n'a été donnée à cet appel pendant plus de dix ans. Néanmoins, la Grande Chambre estime que le législateur a respecté le principe de proportionnalité découlant de l'article 8 § 2 de la Convention, et se limite à inviter les Etats contractants à un «examen permanent» (paragraphe 118 de l'arrêt).

7. Quand bien même il serait acceptable, en 2011, de s'en tenir exclusivement à la situation existant en 1999, encore faut-il que le consensus européen tel qu'il existait à ce moment soit soigneusement objectivé aux



fins de déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation car, « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte » (paragraphe 94 de l'arrêt). Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni* (n° 66746/01, 27 mai 2004), la Cour rappelle que la 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 » (*ibidem*, § 82), ce qui est évidemment le cas en l'espèce.

8. Or même sur la base de l'étude comparative sur l'assistance médicale à la procréation menée dans trente-neuf pays par le Conseil de l'Europe en 1998, le don d'ovules n'était prohibé à cette époque que dans huit pays et le don de sperme dans cinq pays. Néanmoins, la Cour estime que « [l]e consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat » (paragraphe 96 de l'arrêt). De manière inédite, la Cour donne ainsi au consensus européen une dimension nouvelle et fixe à celui-ci un seuil particulièrement bas, laissant à la marge d'appréciation des Etats une extension potentiellement illimitée. Le climat actuel n'est sans doute pas étranger à une telle position de retrait. Les divergences dans la jurisprudence de la Cour quant à la valeur déterminante du consensus européen et le manque de rigueur des critères retenus pour contrôler celui-ci<sup>1</sup> atteignent ici leur limite, créant une profonde insécurité juridique.

9. Il est significatif de constater que dans le rapport d'une réunion sur « *Medical, ethical and social aspects of assisted reproduction* » organisée par l'Organisation mondiale de la santé *déjà en 2001*, des auteurs se sont exprimés comme suit : « [il] est communément admis que l'infertilité affecte plus de 80 millions de personnes dans le monde. De manière générale, un couple sur dix est touché par une infertilité primaire ou secondaire (...) il s'agit d'un problème majeur dans la vie des personnes concernées, source de souffrance sociale et psychologique tant pour les hommes que pour les femmes et susceptible de mettre les relations de couple à rude épreuve »<sup>2</sup>. Aujourd'hui, « la société doit relever les nouveaux défis que lui lancent [la] révolution technologique [dans le domaine de la reproduction assistée] et ses

1. « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2008.

2. E. Vayena *et al.* (éds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Genève, Organisation mondiale de la santé, 2002, p. XIII.

implications sociales»<sup>1</sup>. A cet égard, il nous semble important de rappeler que les articles 12 § 1 et 15 § 1 b) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) reconnaissent à chacun le droit de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ainsi que de jouir du meilleur état de santé physique et mentale. En définitive, ce qui est en jeu en l'espèce n'est pas une question de choix entre différentes techniques. Il s'agit plus fondamentalement d'une limitation de l'accès à des techniques de fécondation *in vitro* hétérologue qui s'analyse en un refus d'accès à une thérapie disponible.

10. Alors que les données de l'époque vont en majorité dans un sens contraire et sans prendre en considération les développements intervenus depuis lors, la Grande Chambre n'hésite pas à soutenir qu'il n'y a pas encore une « claire communauté de vues entre Etats membres » et qu'il y a lieu dès lors d'accorder à l'Etat défendeur une « ample marge d'appréciation », lui permettant notamment de concilier les réalités sociales avec ses positions de principe en la matière. Ce raisonnement laisse entendre que ces éléments doivent désormais prendre le pas sur le consensus européen, ce qui constitue un tournant dangereux dans la jurisprudence de la Cour dont une des missions est précisément de contribuer à une harmonisation en Europe des droits garantis par la Convention<sup>2</sup>.

11. Avec le consensus européen, la marge d'appréciation est donc l'autre pilier du raisonnement de la Grande Chambre. Parfois celle-ci est qualifiée d'ample ou de large (paragraphe 97 de l'arrêt), parfois elle est invoquée sans qualification particulière (paragraphe 106 et 115 de l'arrêt), laissant transparaître une certaine hésitation quant au poids réel à lui donner et à la gravité de la limitation litigieuse. Il en résulte que la position de la Cour est imprécise et incertaine, voire opaque. Tout en reconnaissant que le législateur aurait pu apporter des solutions juridiques acceptables, peut-être plus équilibrées, aux difficultés que présentent tant le don d'ovules que le don de sperme, la Grande Chambre se limite à examiner le point de savoir s'il a, en retenant la solution critiquée, outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait (paragraphe 106 de l'arrêt). A notre avis, la question ne se pose pas ainsi. D'un côté, lorsque les Etats ont autorisé la PMA, la Cour doit vérifier s'ils en accordent le bénéfice de manière cohérente avec leurs obligations conventionnelles et en choisissant la voie la moins attentatoire aux droits et libertés. La marge d'appréciation va de pair avec le contrôle européen. D'un autre côté, dans une affaire aussi sensible que celle-ci, la Cour ne peut utiliser la marge d'appréciation comme « substitut pragmatique à une

1. M.F. Fathalla, « Current challenges in assisted reproduction », in E. Vayena *et al.* (éds.), *op. cit.*, p. 20.

2. C.L. Rozakis, « The European Judge as Comparatist », *Tul. L. Rev.*, vol. 80, n° 1, 2005, p. 272.

approche réfléchie du problème de la portée adéquate de son contrôle»<sup>1</sup>. En définitive, par l'effet combiné du consensus européen et de la marge d'appréciation, la Cour a choisi une approche minimale, voire minimaliste, peu susceptible d'éclairer les juridictions nationales.

12. Un des arguments avancés par le Gouvernement et accepté par la majorité nous paraît singulièrement problématique, à savoir « que le droit autrichien n'interdit pas aux personnes concernées de se rendre à l'étranger pour y subir des traitements contre la stérilité faisant appel à des techniques de procréation médicalement assistée interdites en Autriche et que, en cas de réussite des traitements en question, la filiation paternelle et la filiation maternelle sont régies par des dispositions précises du code civil qui respectent les souhaits des parents » (paragraphe 114 de l'arrêt)<sup>2</sup>.

13. A notre avis, cet argument selon lequel les couples peuvent se rendre à l'étranger (sans prendre en compte les éventuelles difficultés pratiques et les frais que cela pourrait engendrer) laisse sans réponse la vraie question qui est celle de l'ingérence dans la vie privée des requérants résultant de l'interdiction absolue qui existe en Autriche ; il ne suffit, dès lors, en aucune manière à satisfaire aux exigences de la Convention concernant le droit des requérants au respect de l'article 8. En outre, en endossant le raisonnement du Gouvernement selon lequel, en cas de réussite des traitements subis à l'étranger, la filiation paternelle et maternelle des enfants sera régie par le code civil dans le respect du souhait des parents, la Grande Chambre affaiblit considérablement la force des arguments fondés sur « l'inquiétude que suscitent le rôle et les possibilités de la médecine reproductive moderne dans de larges pans de la société », notamment en ce qui concerne la création de rapports familiaux atypiques (paragraphe 113 de l'arrêt). Enfin, si le souci de l'intérêt de l'enfant qui serait mis en péril par les méthodes interdites de reproduction disparaît ainsi par le passage de la frontière, il en va de même en ce qui concerne les préoccupations relatives à la santé de la mère plusieurs fois invoquées par le Gouvernement défendeur pour justifier l'interdiction.

14. Pour l'ensemble de ces raisons, nous concluons qu'il y a eu en l'espèce, dans le chef des quatre requérants, violation de l'article 8 de la Convention.

---

1. Opinion dissidente commune aux juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele, jointe à l'arrêt *Evans*, précité, point 12.

2. Voir, sur cette question, R.F. Storrow, « The pluralism problem in cross-border reproductive care », *Human Reproduction*, vol. 25, n° 12, 2010, pp. 2939 et suiv.



V.C. v. SLOVAKIA  
*(Application no. 18968/07)*

FOURTH SECTION

JUDGMENT OF 8 NOVEMBER 2011<sup>1</sup>

---

1. English original. Extracts.



SUMMARY<sup>1</sup>**Sterilisation of Roma woman without her informed consent****Article 3**

*Inhuman and degrading treatment – Sterilisation of Roma woman without her informed consent – Gross disregard for the applicant’s right to autonomy and choice as a patient – Consent to sterilisation obtained during labour and without adequate information – Effective investigation*

**Article 8**

*Private and family life – Positive obligations – Absence of safeguards giving special consideration to the reproductive health of the applicant as a Roma woman – Serious medical intervention without the patient’s informed consent*

\*

\* \*

In 2000 the applicant, a Roma woman, was sterilised in a public hospital during the delivery of her second child by Caesarean section. The sterilisation consisted of severing and sealing her fallopian tubes in order to prevent fertilisation. The applicant’s delivery record contained a clear reference to her ethnic origin together with a request for sterilisation bearing her signature. However, the applicant claimed that she had not understood the term “sterilisation”, and that she had signed the request while in labour and after being told by the hospital staff that if she fell pregnant again either she or the child might die. According to the applicant, during her stay in the hospital she had been put in a room with other Roma women and they were not allowed to use the same bathrooms or toilets as non-Roma women. The applicant unsuccessfully sought redress in civil proceedings, arguing that her sterilisation had been in violation of national legislation and international human rights standards and that she had not been duly informed about the procedure, its consequences or alternative solutions. Her consequent constitutional complaint was also dismissed.

*Held*

(1) Article 3: (a) *Substantive aspect* – Sterilisation constituted a major interference with a person’s reproductive health status and bore upon many aspects of the

---

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

individual's personal integrity including his or her physical and mental well-being and emotional, spiritual and family life. Without the consent of a mentally competent adult patient, it was incompatible with the requirement of respect for human freedom and dignity. Moreover, generally recognised international standards laid down that sterilisation may be carried out only subject to prior informed consent, save for exceptional emergency situations<sup>1</sup>. The applicant had been sterilised in a public hospital immediately after giving birth via Caesarean section since the doctors considered that a future pregnancy would put her and the baby's life at risk. However, as had been confirmed by one of the doctors, there had been no medical emergency involving imminent risk of irreparable damage to her life. Since she was a mentally competent adult patient, her informed consent was a prerequisite for such a procedure, even assuming it to have been "necessary" from a medical point of view. The applicant was asked to give her consent in writing when already in labour, without being fully informed about her health status, the proposed procedure or the alternatives. Asking for her consent in such a delicate position clearly did not permit her to take a decision of her own free will, after consideration of all the implications or consultation with her partner. The paternalistic manner in which the hospital staff had acted had left the applicant with no option but to agree to the procedure the doctors considered appropriate. Consequently, the sterilisation procedure, including the manner in which the applicant was required to agree to it, must have aroused in her feelings of fear, anguish and inferiority. It had also resulted in lasting suffering, since due to her infertility, she had ended up divorced from her husband and ostracised from the Roma community. Although there had been no indication that the medical staff had intended to ill-treat her, their gross disregard for her right to autonomy and choice as a patient had subjected her to treatment contrary to Article 3 of the Convention.

*Conclusion:* violation (unanimously).

(b) *Procedural aspect* – The Court had already found that the way in which the hospital staff had acted was open to criticism, given that the applicant had been sterilised without giving her informed consent. However, there was nothing to suggest that the doctors had acted in bad faith or with the intention of ill-treating the applicant. The applicant could have requested a criminal investigation into her case, but had not availed herself of that possibility. Instead, she had lodged a civil claim for the protection of her personal integrity. In those proceedings she was represented by a lawyer, had been able to put forward her arguments and the evidence she considered important and had had an adversarial hearing on the merits of her case. In such circumstances, the Court was satisfied that the applicant had had the opportunity to have the actions of the hospital staff examined by the domestic courts. That examination had taken place within a reasonable time. Her

---

1. See, for example, the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine, the World Health Organization Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe, and General Recommendation No. 24 of the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women.



complaint that the State had failed to carry out an effective investigation into her sterilisation could therefore not be accepted.

*Conclusion:* no violation (unanimously).

(2) Article 8: Numerous international bodies, such as the European Commission against Racism and Intolerance, the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women and the Council of Europe Commissioner for Human Rights, had noted the problem of sterilisation of Roma women in Slovakia and called for adequate safeguards to be put in place. In order to explain the reference to the applicant's Roma origin in her medical records, the Government had submitted that such an entry had been necessary since Roma patients frequently neglected social and health care and therefore required special attention. Even if this were accepted, the Court could not but note a certain mindset on the part of the medical staff as to the manner in which the medical situation of a Roma woman should be managed. Despite the fact that the domestic legislation in force at the material time required patients' consent prior to sterilisation, in the applicant's case those provisions had not provided appropriate safeguards and had resulted in a medical intervention of a particularly serious nature being carried out without her informed consent. Consequently, the absence of safeguards giving special consideration to the reproductive health of the applicant as a Roma woman had constituted a failure by the respondent State to comply with its positive obligation to secure the right to respect for her private and family life. Specific measures aimed at the elimination of such procedural shortcomings had been enacted in 2004, only after the relevant facts of the applicant's case had occurred, and could therefore have no bearing on her situation.

*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

*Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, Series A no. 290

*Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII

*Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV

*Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, ECHR 2000-XII

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

*Peers v. Greece*, no. 28524/95, ECHR 2001-III

*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, ECHR 2002-I

*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, ECHR 2002-III

*Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, ECHR 2004-II

*Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII

*Mikheyev v. Russia*, no. 77617/01, 26 January 2006

*Byrzykowski v. Poland*, no. 11562/05, 27 June 2006

*Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX  
*Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I  
*Tysiāc v. Poland*, no. 5410/03, ECHR 2007-I  
*Necdet Bulut v. Turkey*, no. 77092/01, 20 November 2007  
*E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008  
*Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, 12 February 2009  
*Mouradova v. Azerbaijan*, no. 22684/05, 2 April 2009  
*Mrozowski v. Poland*, no. 9258/04, 12 May 2009  
*Groni v. Albania*, no. 25336/04, 7 July 2009  
*A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, ECHR 2010  
*Biçici v. Turkey*, no. 30357/05, 27 May 2010  
*Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, no. 302/02, 10 June 2010  
*Anayo v. Germany*, no. 20578/07, 21 December 2010  
*Sambor v. Poland*, no. 15579/05, 1 February 2011

**In the case of V.C. v. Slovakia,**

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

Nicolas Bratza, *President*,  
Lech Garlicki,  
Ljiljana Mijović,  
David Thór Björgvinsson,  
Ján Šikuta,  
Päivi Hirvelä,  
Mihai Poalelungi, *judges*,

and Fatoş Aracı, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 22 March, 6 June, 24 August and 17 October 2011,

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

**PROCEDURE**

1. The case originated in an application (no. 18968/07) against the Slovak Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Slovak national, Ms V.C. (“the applicant”), on 23 April 2007. The President of the Chamber acceded to the applicant’s request not to have her name disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court).

2. The applicant was represented by Ms B. Bukovská and Ms V. Durbáková, lawyers acting in cooperation with the Centre for Civil and Human Rights in Košice. The Government of the Slovak Republic (“the Government”) were represented by their Agent, Ms M. Pirošíková.

3. The applicant alleged a breach of Articles 3, 8, 12, 13 and 14 of the Convention on account of her sterilisation in a public hospital.

4. By a decision of 16 June 2009, the Court declared the application admissible.

5. The applicant and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from the International Federation of Gynaecology and Obstetrics (FIGO), which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

6. A hearing was scheduled for 7 September 2010. It was adjourned on 24 August 2010 at the request of the Government, who indicated that they

wished to explore the possibility of reaching a friendly settlement in the case. The parties did not reach a friendly-settlement agreement.

7. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 22 March 2011 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Ms M. Pirošíková,	<i>Agent,</i>
Ms K. Čahojová,	<i>Co-Agent,</i>
Mr M. Buzga,	
Mr V. Cupaník,	
Mr J. Palkovič,	<i>Advisers;</i>

(b) *for the applicant*

Ms B. Bukovská,	
Ms V. Durbáková,	<i>Counsel.</i>

The Court heard addresses by Ms Bukovská, Ms Durbáková, Ms Pirošíková, Mr Buzga and Mr Cupaník.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicant, who is of Roma ethnic origin, was born in 1980 and lives in Jarovnice. She finished compulsory education in the sixth grade and is unemployed. Her mother tongue is the Roma language, which she uses in daily communication, together with a local dialect.

#### **A. The applicant's sterilisation at Prešov Hospital**

9. On 23 August 2000 the applicant was sterilised while hospitalised at the Hospital and Health-Care Centre in Prešov (now known as the University Teaching Hospital and J.A. Reiman Health-Care Centre in Prešov – “Prešov Hospital”), which came under the management of the Ministry of Health.

10. The procedure was carried out during the delivery of the applicant's second child via Caesarean section. The applicant's first delivery had also been via Caesarean section. The sterilisation of the applicant entailed tubal ligation by the Pomeroy method, which consists of severing and sealing the fallopian tubes in order to prevent fertilisation.

11. During her pregnancy, the applicant did not have any regular check-ups. She visited her general practitioner only once.

12. The applicant was admitted to the gynaecology and obstetrics department of Prešov Hospital on 23 August 2000 shortly before 8 a.m. She came to the hospital in pain resulting from the progress of labour. On arrival the applicant was informed that the delivery would be via Caesarean section.

13. The delivery was documented in a written record indicating details of the labour and birth at regular intervals. The first entry in the record was at 7.52 a.m. The applicant was subsequently monitored by cardiotocography (CTG); the last CTG entry was at 10.35 a.m.

14. According to the delivery record, after 10.30 a.m., when labour was well established, the applicant requested sterilisation. That request is entered directly in the delivery record with the typed words "Patient requests sterilisation". Below this is the shaky signature of the applicant. The signature was in an unsteady hand and the applicant's maiden name, which she used at the time, is split into two words.

15. The applicant submitted that, after she had been in labour for several hours and was in pain, the medical personnel of Prešov Hospital had asked her whether she wanted to have more children. The applicant responded in the affirmative but was told by the medical personnel that if she had one more child, either she or the baby would die. The applicant started to cry and as she was convinced that her next pregnancy would be fatal, she told the medical personnel "Do what you want to do". She was then asked to sign the delivery record under the note indicating that she had requested sterilisation. The applicant did not understand the term "sterilisation" and she signed the form out of fear that there would otherwise be fatal consequences. As she was in the last stage of labour, her recognition and cognitive abilities were influenced by labour and pain.

16. At 11.30 a.m. the applicant was put under anaesthesia, after which the delivery was completed via Caesarean section. In view of the state of the applicant's reproductive organs the two doctors involved asked the head physician for an opinion as to whether they should perform a hysterectomy or a sterilisation. They subsequently performed tubal ligation on the applicant. The procedure ended at 12.10 p.m. and the applicant came round from the anaesthetic ten minutes later.

17. The words "Patient is of Roma origin" appear in the record of the applicant's pregnancy and delivery (under the section "Medical history", subsection "Social and working conditions, especially during the pregnancy" of the pre-printed form designed for that purpose).

18. During her hospitalisation on the gynaecology and obstetrics ward of Prešov Hospital, the applicant was accommodated in a room in which there were exclusively women of Roma ethnic origin. She was prevented from using the same bathrooms and toilets as women who were not of Roma origin.

19. The applicant has suffered serious medical and psychological after-effects from the sterilisation procedure. Hence, at the end of 2007 and the beginning of 2008 she displayed the symptoms of a false pregnancy. She believed that she was pregnant and exhibited all the signs of pregnancy. However, the ultrasound examination revealed that she was not pregnant. Subsequently, in July 2008, she was treated by a psychiatrist in Sabinov. According to the latter's statement, the applicant continues to suffer as the result of her infertility.

20. The applicant has also been ostracised by the Roma community. Her husband, the father of her children, left her several times owing to her infertility. In 2009 the applicant and her husband divorced. The applicant maintained that her infertility was one of the reasons for their separation.

### **B. The position of Prešov Hospital**

21. A written statement by the Director of Prešov Hospital dated 3 July 2008 indicates that the applicant's first delivery in 1998 ended with a Caesarean section as the size of the applicant's pelvis excluded a normal delivery. Prior to the delivery, the applicant had attended a prenatal care centre only twice, at the beginning of her pregnancy. After the delivery she was placed in a post-delivery room with sanitary equipment where she received medical care. On the third day she left the hospital without the doctors' consent and returned twenty-four hours later with sepsis caused by inflammation of the uterus. After nine days' hospitalisation during which she received intensive treatment with antibiotics the applicant and her child were discharged from the hospital. The applicant was advised to visit a gynaecologist regularly but failed to do so.

22. During her second pregnancy, the applicant visited the prenatal care centre only once, in the initial stages. At the time of the second delivery, owing to pain which the applicant experienced in the lower part of her uterus (where she had been operated on during her first delivery) and in view of the size of her pelvis, doctors indicated that a Caesarean section would be needed. They were of the view that there was a risk of rupture of the uterus. After they had explained to her the situation and the risks inherent in a possible third pregnancy, the applicant, who was fully aware of what was happening, signed the sterilisation request.

23. In a different statement dated 27 July 2009, the Director of Prešov Hospital denied deliberate and organised segregation of Roma women and the existence of so-called “Gypsy rooms”. In practice, Roma women were frequently accommodated together at their own request.

### **C. The criminal proceedings**

24. On 23 January 2003, in response to the publication by the Centre for Reproductive Rights and the Centre for Civil and Human Rights of the report “Body and Soul: Forced and Coercive Sterilisation and Other Assaults on Roma Reproductive Freedom in Slovakia” (“the Body and Soul Report”), the Section for Human Rights and Minorities of the Government Office initiated a criminal investigation into the allegedly unlawful sterilisation of several different Roma women.

25. The criminal investigation was conducted within the Regional Directorate of the Police Corps in Žilina by the Office of the Judicial and Criminal Police. Several decisions were issued by the investigator, by public prosecutors at several levels and by the Constitutional Court. The proceedings were ultimately discontinued on the ground that no offence had been committed in the context of the sterilisation of women of Roma ethnic origin (further details are set out in *I.G. and Others. v. Slovakia* (dec.), no. 15966/04, 22 September 2009).

26. The applicant did not initiate any individual criminal proceedings.

### **D. The civil proceedings**

27. In January 2003, after the release of the Body and Soul Report, the applicant learned that a tubal ligation was not life-saving surgery as alleged by the medical personnel of Prešov Hospital and that the patient’s full and informed consent to such a procedure was required. For this reason, she unsuccessfully tried to review her medical records. She was allowed access to her medical file with her lawyer in May 2004 following a judicial order to that effect.

28. On 9 September 2004 the applicant filed a claim with the Prešov District Court under Articles 11 et seq. of the Slovakian Civil Code, seeking protection of her personal rights. She submitted that the sterilisation procedure performed on her had been carried out in violation of Slovakian legislation and international human rights standards including Articles 3, 8, 12 and 14 of the Convention. The applicant argued that she had not been duly informed about the procedure as such, its consequences and alternative solutions. She requested an apology for the procedure and claimed compensation for non-pecuniary damage.

29. In the course of the proceedings, the District Court considered documentary evidence and obtained a number of statements from the applicant as well as from the medical personnel of Prešov Hospital.

30. In particular, the applicant described the circumstances in which she had given birth at Prešov Hospital and how she had been asked to sign the relevant entry in the record. She also stated that the father of her children had left her for two years owing to her infertility and that they had experienced problems in their relationship for that reason. She outlined the health problems which she was experiencing.

31. Dr Č. of Prešov Hospital, who had performed the procedure on the applicant, stated that he did not specifically remember the applicant or the circumstances of her hospitalisation. His statement was based on the information in the applicant's medical file. He alleged that the applicant had been fully informed about her medical condition and the progress of the labour approximately ninety minutes prior to the delivery. The information about the need for sterilisation had been conveyed to her by the head doctor of the gynaecology and obstetrics ward, as well as by the second doctor who had participated in the surgery, and also by the anaesthetist. The sterilisation had been carried out at the applicant's request as a medical necessity. A possible third pregnancy could have been risky for the applicant unless she was monitored regularly during the pregnancy. Dr Č. stated that the sterilisation of the applicant had not been life-saving surgery.

32. Dr K., head doctor of the gynaecology and obstetrics ward of Prešov Hospital, stated that he fully agreed with the testimony of Dr Č. Dr K. did not specifically recall the case of the applicant either. He assumed that her case was the same as other similar cases. He had not been present during the delivery and the sterilisation of the applicant but had been told about her case by other doctors. He described the sterilisation procedure as governed by the relevant law. In the case of the applicant, there had been no time to convene any committee as she had come to the hospital a very short time before delivery.

33. Dr K. further stated that, after he had designated his colleagues Drs Š. and Č. to perform the surgery, he had also asked them to find out whether the patient would agree to sterilisation, and to have her consent confirmed by a signature. Even if a patient refused to give written consent to sterilisation, it could be carried out under section 2 of the 1972 Sterilisation Regulation, which permitted such a procedure in the case of danger to a person's life.

34. In the civil proceedings, the applicant also submitted a psychologist's assessment of her mental capacity dated 17 February 2006. It indicated that her intellectual capacity was very low, on the verge of mental retardation,



but that her thinking was well-developed in relation to practical issues. The psychologist concluded that communication with the applicant needed to be adapted to her mental and language skills. No mental illness was detected that would prevent the applicant from making decisions concerning her life and from assuming responsibility for matters related to her life.

35. On 28 February 2006 the Prešov District Court dismissed the action. It held that the procedure had been performed only after the medical personnel had obtained the applicant's signature. It admitted that the applicant's signature on the delivery record had been obtained shortly before the Caesarean section was performed, when the applicant had been in "a supine position". The procedure had been performed on medical grounds and had been necessary owing to the applicant's poor medical condition. The medical personnel had proceeded in accordance with the law.

36. The fact that the procedure had not been approved earlier by a sterilisation committee amounted only to a failure to meet the formal requirements; it could not have interfered with the applicant's personal integrity as protected by Articles 11 et seq. of the Civil Code. No violation of the applicant's rights under the Convention had been established.

37. Finally, the District Court held that the applicant's situation was not irreversible as there was a possibility of *in vitro* fertilisation.

38. On 12 May 2006 the applicant appealed. She maintained that she had been sterilised without her full and informed consent in a situation where she had not been able to understand fully the nature and consequences of the procedure. There were gaps and inconsistencies in the statements of the medical personnel and the medical file contained no record of her having been duly informed about the procedure, its irreversible character and the alternative methods. In violation of the legislation in force, the sterilisation had not been approved by a sterilisation committee. A tubal ligation could not be considered as life-saving surgery. The applicant relied on documents issued by international medical organisations.

39. On 25 October 2006 the Prešov Regional Court upheld the first-instance judgment. It concluded that the applicant's sterilisation had been performed in accordance with the legislation in force and that it had been required by her medical condition.

40. The appellate court referred to the statements by the physicians involved and held that there had been a risk of rupture of the applicant's uterus. The applicant had requested sterilisation after she had been duly informed of her state of health. The procedure had complied with the relevant provisions of the 1972 Sterilisation Regulation. The decision as to whether or not sterilisation was required lay in such circumstances with the head physician. Prior approval by a sterilisation committee was required

only where sterilisation was to be carried out on healthy reproductive organs. However, this had not been the case with the applicant.

### **E. The constitutional proceedings**

41. On 17 January 2007 the applicant lodged a complaint with the Constitutional Court. With reference to her sterilisation and the ordinary courts' conclusions in the above-mentioned civil proceedings, she submitted that she had been subjected to sterilisation at Prešov Hospital without her informed consent and that she had been unable to obtain redress as a result of the conduct and decision of the Prešov Regional Court. She alleged that the latter had thereby breached her constitutional rights and freedoms prohibiting discrimination and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, her right to protection from unjustified interference with her private and family life and her right to protection of her family, as well as her rights under Articles 3, 8, 12, 13 and 14 of the European Convention on Human Rights and Article 5 of the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine. The applicant requested that the Constitutional Court quash the Regional Court's judgment.

42. On 14 February 2008 the Constitutional Court dismissed the complaint as being manifestly ill-founded (for further details, see the decision on the admissibility of the present application of 16 June 2009).

### **F. Accounts of sterilisation practices in Slovakia**

#### *1. Information submitted by the applicant*

43. The applicant referred to a number of publications pointing to a history of forced sterilisation of Roma women which had originated under the communist regime in Czechoslovakia in the early 1970s and which she believed had influenced her own sterilisation.

44. In particular, the applicant submitted that the Ministry of Health's 1972 Sterilisation Regulation had been used to encourage the sterilisation of Roma women. According to a 1979 document by Charter 77, a Czechoslovakian dissident group, a programme had been launched in Czechoslovakia offering financial incentives for Roma women to be sterilised because of earlier unsuccessful government efforts "to control the highly unhealthy Roma population through family planning and contraception".

45. The applicant further maintained that in Prešov District 60% of the sterilisation operations performed from 1986 to 1987 had been on Roma women, who represented only 7% of the population of the district. Another study found that in 1983 approximately 26% of sterilised women in eastern

Slovakia (the region where the applicant resides) were Roma; by 1987, this figure had risen to 36.6%.

46. In 1992 a report by Human Rights Watch noted that many Roma women were not fully aware of the irreversible nature of the procedure and were forced into it because of their poor economic situation or pressure from the authorities.

47. According to other reports, in 1999 nurses working in Finnish refugee reception centres informed researchers from Amnesty International that they had noticed unusually high rates of gynaecological procedures such as sterilisation and removal of ovaries among female Roma asylum-seekers from eastern Slovakia. All the reports cited identified Prešov Hospital as one of the hospitals where such sterilisation practices were applied<sup>1</sup>.

## *2. Information submitted by the Government*

48. The Government submitted that health care in Slovakia was provided to all women equally. Statistical data based on the ethnic origin of patients were generally not gathered as this was considered to be contrary to persons' human rights.

49. Following the publication of the Body and Soul Report, the Ministry of Health established a group of experts with a view to investigating allegedly unlawful sterilisations and the segregation of Roma women.

50. The Ministry's report of 28 May 2003, submitted to the Parliamentary Committee on Human Rights, Nationalities and the Status

11. The applicant relied on the following documents:

- (a) Commission of the European Communities, "Regular Report on Slovakia's Progress Towards Accession", 2002, p. 31;
- (b) European Roma Rights Centre, "Stigmata: Segregated Schooling of Roma in Central and Eastern Europe: a Survey of Patterns of Segregated Education of Roma in Bulgaria, the Czech Republic, Hungary, Romania and Slovakia", 2004, available at [www.errc.org](http://www.errc.org);
- (c) Amnesty International, "Amnesty International Report 2003", chapter on Slovakia;
- (d) European Roma Rights Centre, "Discrimination in the Slovak Judicial System", Roma Rights 1/2002, pp. 106-08;
- (e) Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, US Department of State, "Human Rights Practices: Slovak Republic 2001", 2002, paragraph 5;
- (f) Open Society Institute, "Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection in Slovakia", 2001;
- (g) R. Tritt, J. Laber and L. Whitman, "Struggling for Ethnic Identity: Czechoslovakia's Endangered Gypsies", Human Rights Watch, New York, August 1992, pp. 19, 22 and 139-44;
- (h) David M. Crow, "History of the Gypsies of Eastern Europe and Russia", St. Martin's Griffin, New York, 1995, p. 60;
- (i) Ruben Pellar and Zbyněk Andrš, "Statistical Evaluation of the Cases of Sexual Sterilisation of Romani Women in East Slovakia", appendix to the "Report on the Examination in the Problematic Sexual Sterilisation of Romanies in Czechoslovakia", 1990;
- (j) Dr Posluch and Dr Posluchová, "The Problems of Planned Parenthood Among Gypsy Fellow-Citizens in the Eastern Slovakia Region", published in *Zdravotnícka pracovnička* no. 39/1989, pp. 220-23.

of Women, indicated that the medical records of 3,500 women who had been sterilised and those of 18,000 women who had given birth by means of Caesarean section during the preceding ten years had been reviewed.

51. The rate of sterilisation of women in Slovakia amounted to only 0.1% of women of reproductive age. In other European countries that rate was between 20% and 40%. The low rate of sterilisation in Slovakia was mainly due to the fact that the procedure was not widely used as a method of contraception.

52. In the absence of official statistical data concerning the ethnic origin of inhabitants, the expert group could assess only indirectly the position regarding women of Roma ethnic origin. In those regions where it was possible to indirectly assess the proportion of women of Roma ethnic origin, the frequency of sterilisations and Caesarean sections in the Roma population was significantly lower than among the rest of the population. The frequency of sterilisations was statistically insignificantly higher in the Prešov and Košice regions than in other regions of Slovakia.

53. The group concluded that in the hospitals investigated by its members no genocide or segregation of the Roma population had occurred. All cases of sterilisation had been based on medical indications. Certain shortcomings in health care and non-compliance with the regulations on sterilisation (such as failure to observe administrative procedures) had been identified in several cases. However, they affected the whole population equally regardless of patients' ethnic origin. Hospitals in which administrative errors had been discovered had adopted measures with a view to eliminating them.

54. In none of the hospitals visited by the expert group did there exist separate rooms for Roma women; all patients received treatment within the same hospital facilities. Owing to the situation existing during the preceding decades, medical personnel and individuals were not on an equal footing with regard to responsibility for maintaining and improving individuals' state of health. This was reflected, in particular, in limited individual rights and responsibilities in matters of health care. Measures had been recommended to ensure that individuals received the necessary information to enable them to give informed consent to their treatment or refuse it. Individual requests for medical intervention were to be made in a legally valid manner permitting the persons concerned to express their own free will after receiving the appropriate information.

55. The measures recommended in the report consisted in the amendment of the legal rules on sterilisation with a view to ensuring compliance with, *inter alia*, the Convention on Human Rights and

Biomedicine, which Slovakia had ratified. The report also contained a set of recommendations regarding the education of medical staff, focusing on “cultural differences in regions with an increased concentration of Roma communities”. In order to educate the Roma population in the area of health care, the Slovak Health University in Bratislava was to establish, in cooperation with the Ministry of Health, a network of health-care assistants who would receive special training and operate in Roma settlements.

56. At the hearing, the Government indicated that it was open to women allegedly affected by malpractice in the context of sterilisation to claim compensation before the civil courts. According to the information available to the Government, there were five sets of proceedings of that kind pending before the Slovakian courts. Six other sets of proceedings had ended in a final decision. In three of them the claimants had been successful.

## II. RELEVANT DOMESTIC LAW

### A. The Civil Code

57. Under Article 11 of the Civil Code, natural persons have the right to protection of their personal rights (personal integrity), in particular their life and health, civil and human dignity, privacy, name and personal characteristics.

58. Under Article 13 § 1, natural persons have the right to request that unjustified infringements of their personal rights be ended and that the consequences of such infringements be erased. They also have the right to appropriate just satisfaction.

59. Article 13 § 2 provides that, in cases where the satisfaction obtained under Article 13 § 1 is insufficient, in particular because the injured party's dignity or social standing has been significantly diminished, he or she is also entitled to financial compensation for non-pecuniary damage.

### B. The 1972 Sterilisation Regulation

60. Regulation no. Z-4 582/1972-B/1 of the Ministry of Health of the Slovak Socialist Republic, published in Official Journal of the Ministry of Health no. 8-9/1972 (“the 1972 Sterilisation Regulation”) and applicable at the relevant time, contained guidelines governing sterilisation in medical practice.

61. Section 2 permitted sterilisation in a medical institution either at the request of the person concerned or with that person's consent where, *inter alia*, the procedure was necessary according to the rules of medical science

for the treatment of a person's reproductive organs which were affected by disease (section 2(a)), or where pregnancy or birth would seriously threaten the life or health of a woman whose reproductive organs were healthy (section 2(b)).

62. Section 5(1)(a) authorised the head physician of the hospital department in which the person concerned was treated to decide whether or not that person's sterilisation was required within the meaning of section 2(a) of the 1972 Sterilisation Regulation. Sterilisation on any other ground required prior approval by a medical committee ("sterilisation committee").

63. Point XIV of the annex to the 1972 Sterilisation Regulation indicated the following as obstetric or gynaecological reasons justifying a woman's sterilisation:

(a) during and after a second or subsequent Caesarean section, where this method of delivery was necessary for reasons which were likely to persist during a further pregnancy and where the woman concerned did not wish to deliver again via Caesarean section;

(b) in the event of repeated complications during pregnancy, in the course of delivery and in the subsequent six-week period, where a further pregnancy would seriously threaten the woman's life or health;

(c) where a woman had several children (four children for women under the age of 35 and three children for women over that age).

64. The Regulation was repealed by the Health Care Act 2004 with effect from 1 January 2005 (see paragraphs 68 et seq. below).

### **C. The Health Care Act 1994**

65. At the relevant time, the following provisions of Law no. 277/1994 on health care (*Zákon o zdravotnej starostlivosti* – "the Health Care Act 1994") were in force.

66. Section 13(1) made medical treatment subject to the patient's consent. A patient's consent to medical procedures of a particularly serious character or which substantially affected a person's future life had to be given in writing or in another provable manner (section 13(2)).

67. Under section 15(1) the doctor was obliged to advise the patient, in an appropriate and provable way, about the nature of his or her illness and the necessary medical procedures, so that the doctor and the patient could actively cooperate in the patient's treatment. The amount of information which it was appropriate to provide to the patient was to be determined by the doctor in the light of the particular circumstances of the case. Such information had to be given in a manner which respected the patient ethically, and was not allowed to affect the patient's treatment.

#### D. The Health Care Act 2004

68. Law no. 576/2004 on health care and health-care services and on the amendment and completion of certain Acts (*Zákon o zdravotnej starostlivosti, službách súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov* – “the Health Care Act 2004”) came into force on 1 November 2004 and became operative on 1 January 2005.

69. Section 6 governs the provision of information to and the giving of informed consent by patients. Pursuant to subsection 1, medical practitioners are obliged, unless the law provides otherwise, to inform the persons listed below about the aim, nature, consequences and risks of treatment, the possibility of choice as to the proposed procedures and the risks connected with refusal to accept treatment. This obligation to inform extends, *inter alia*, to the person to be treated or another person chosen by the former; to the statutory representative or guardian where health care is to be provided to a minor, a person deprived of legal capacity or a person with limited legal capacity; and, in an appropriate manner, also to persons incapable of giving informed consent.

70. Section 6(2) obliges medical practitioners to provide information comprehensibly, considerately and without pressure, allowing the patient the possibility and sufficient time to freely give or withhold his or her informed consent, and in a manner appropriate to the maturity of intellect and will and the state of health of the person concerned.

71. Section 6(3) provides that any person entitled to such information also has the right to refuse it. Such refusal has to be recorded in writing.

72. Pursuant to section 6(4), informed consent is provable consent to treatment preceded by information as stipulated by the Health Care Act 2004. A written form of informed consent is required, *inter alia*, in the case of sterilisation. Everyone with the right to give informed consent also has the right to freely withdraw that consent at any time.

73. Section 40 reads as follows:

##### **Sterilisation**

“(1) Sterilisation for the purposes of this law shall mean the prevention of fertility without the removal or impairment of a person’s reproductive organs.

(2) Sterilisation may be performed only on the basis of a written request and written informed consent following the provision of information to a person with full legal capacity or to the statutory representative of a person not capable of giving informed consent, or on the basis of a court decision issued on an application by the statutory representative.

(3) The information preceding a person's informed consent must be provided as specified by section 6(2) and must encompass:

- (a) alternative methods of contraception and planned parenthood;
- (b) the possibility of a change in the life circumstances which led to the request for sterilisation;
- (c) the medical consequences of sterilisation as a method aimed at the irreversible prevention of fertility;
- (d) the possibility that the sterilisation might fail.

(4) The request for sterilisation is to be submitted to a [health-care] provider who carries out sterilisations. Requests for female sterilisation shall be examined and the sterilisation carried out by a physician specialising in the field of gynaecology and obstetrics; requests for male sterilisation shall be examined and the sterilisation carried out by a physician specialising in the field of urology.

(5) Sterilisation may not be carried out earlier than thirty days after informed consent has been given."

74. Section 50 repeals the 1972 Sterilisation Regulation.

75. Article IV of the Health Care Act 2004 introduces the offence of "unlawful sterilisation", which is included in the Criminal Code as Article 246b. Sub-paragraph 1 of Article 246b provides that anybody who sterilises a person contrary to the law is to be punished by a prison term of between three and eight years, by a prohibition on carrying out his or her activity or by a pecuniary penalty. The prison term may be between five and twelve years when the offence was committed in aggravating circumstances (sub-paragraph 2 of Article 246b).

...

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

76. The applicant complained that she had been subjected to inhuman and degrading treatment on account of her sterilisation and that the authorities had failed to carry out a thorough, fair and effective investigation into the circumstances surrounding it. She relied on Article 3 of the Convention, which provides:

"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."



## **A. Alleged ill-treatment of the applicant**

### *1. The parties' submissions*

#### **(a) The applicant**

77. The applicant contended that she had not given her free, full and informed consent to her sterilisation as required by international standards. Nor had her sterilisation been in compliance with the 1972 Sterilisation Regulation in force at the relevant time. Her signature on the sterilisation form had been obtained during advanced labour, a short time before the delivery itself. Her sterilisation had been forced in the circumstances.

78. The sterilisation had not been a life-saving procedure in her case and it had been carried out without consideration for alternative ways of protecting her from the alleged risks linked to a possible future pregnancy, such as the various methods of contraception available to her and her husband which would not have left her permanently infertile.

79. The procedure was to be seen in the context of the widespread practice of sterilising Roma women which had its origins in the communist regime and in the enduringly hostile attitudes towards persons of Roma ethnic origin.

80. The nature of the procedure as such and the circumstances in which it had been carried out amounted to inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention.

#### **(b) The Government**

81. The Government denied the existence of a policy or practice aimed at the sterilisation of women of Roma ethnic origin. They referred, in particular, to the documents issued by the Council of Europe Commissioner for Human Rights as well as the criminal proceedings initiated by the Government Office and the investigation by a group of domestic experts.

82. The applicant's sterilisation was to be considered in the broader context, namely with due regard to her health status and her failure to seek the appropriate prenatal medical care. The applicant's second delivery via Caesarean section had been medically indicated. The doctors on duty had diagnosed a risk of rupture of the uterus in the event of a further pregnancy, which would present a real threat to the applicant's life and/or that of her child. After consultation with the head physician, sterilisation had been considered appropriate with a view to protecting the applicant's health.

83. The applicant had been informed orally of the situation and the medical indications for the procedure, in terms which were comprehensible

to her. She had confirmed with her signature that she requested sterilisation. At that time she had not been under the influence of any medication.

84. With reference to the conclusions reached by the civil courts, the Government further argued that the sterilisation procedure had been performed in accordance with the law then in force and that it had not amounted to medical malpractice. The applicant had therefore not been subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention.

**(c) International Federation of Gynaecology and Obstetrics (FIGO)**

85. The aim of FIGO is to promote the health and well-being of women worldwide and to improve the practice of gynaecology and obstetrics. Its membership is made up of societies or federations of obstetricians and gynaecologists in 124 countries and territories.

86. In its third-party comments, submitted through H. Rushwan, Chief Executive, FIGO stated that it endorsed, in line with the relevant international instruments, informed and freely given consent of patients intellectually capable of reproductive self-determination, given prior to their treatment, as being essential to their treatment in accordance with the ethical requirements. The implications of the proposed treatment should be made clear to patients' satisfaction in advance of its performance, particularly when the proposed treatment had permanent effects on future child-bearing and the founding of a family.

87. The process of informed choice had to precede informed consent to surgical sterilisation. Recognised available alternatives, especially reversible forms of family planning which might be equally effective, had to be given due consideration. The physician performing the sterilisation had the responsibility of ensuring that the person had been properly advised about the risks and benefits of the procedure and of the alternatives.

88. Efforts should be made to preserve every patient's fertility. The performance of a Caesarean section, when necessary, should not in itself constitute a ground for concluding that sterilisation was indicated so as to prevent the patient from opting for a future pregnancy. Any such proposal should afford the patient ample time for informed deliberation and not be made as an adjunct to a Caesarean procedure that the patient was about to undergo.

*2. The Court's assessment*

**(a) General principles**

89. The Court reiterates that Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in

absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim's behaviour (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV).

90. Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. Although the purpose of such treatment is a factor to be taken into account, in particular the question of whether it was intended to humiliate or debase the victim, the absence of any such purpose does not inevitably lead to a finding that there has been no violation of Article 3 (see *Peers v. Greece*, no. 28524/95, §§ 68 and 74, ECHR 2001-III, and *Groni v. Albania*, no. 25336/04, § 125, 7 July 2009, with further references).

91. Treatment of a person by State agents has been considered to raise an issue under Article 3 when it resulted in bodily harm of a certain degree of severity, such as an injury to a person's leg which caused necrosis and subsequently led to the leg having to be amputated, a gunshot wound to a person's knee, a double fracture of the jaw and facial contusions or an injury to a person's face which required stitches, with three of the person's teeth being knocked out (see *Sambor v. Poland*, no. 15579/05, § 36, 1 February 2011; *Necdet Bulut v. Turkey*, no. 77092/01, § 24, 20 November 2007; *Rehbock v. Slovenia*, no. 29462/95, §§ 76-77, ECHR 2000-XII; and *Mrozowski v. Poland*, no. 9258/04, § 28, 12 May 2009). The Court has further considered the treatment of a person to be capable of raising an issue under Article 3 when, *inter alia*, it was such as to drive the victim to act against his or her will or conscience (see, for example, *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III).

92. In several cases the Court has examined complaints about alleged ill-treatment in the context of medical interventions to which detained persons were subjected against their will. It has held, *inter alia*, that a measure which is of therapeutic necessity from the point of view of established principles of medicine cannot in principle be regarded as inhuman and degrading. The Court has nevertheless taken the view that it must satisfy itself that a medical necessity has been convincingly shown to exist and that procedural guarantees for the decision exist and are complied with (for a recapitulation of the relevant case-law, see *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 69, ECHR 2006-IX, with further references).

93. In order for treatment to be "inhuman" or "degrading", the suffering or humiliation involved must in any event go beyond the inevitable element

of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment (see *Labita*, cited above, § 120).

94. Finally, the Court reiterates that the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. It has held that in the sphere of medical assistance, even where the refusal to accept a particular treatment might lead to a fatal outcome, the imposition of medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient would interfere with his or her right to physical integrity (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, §§ 63 and 65, ECHR 2002-III; *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; and *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*, no. 302/02, § 135, 10 June 2010).

**(b) Assessment of the facts of the case**

95. The Court notes that sterilisation constitutes a major interference with a person's reproductive health status. As it concerns one of the essential bodily functions of human beings, it bears on manifold aspects of the individual's personal integrity including his or her physical and mental well-being and emotional, spiritual and family life. It may be legitimately performed at the request of the person concerned, for example as a method of contraception, or for therapeutic purposes where the medical necessity has been convincingly established.

96. However, in line with the Court's case-law referred to above, the position is different in the case of imposition of such medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient. Such a way of proceeding is to be regarded as incompatible with the requirement of respect for human freedom and dignity, one of the fundamental principles on which the Convention is based.

97. Similarly, it is clear from generally recognised standards such as the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine, which was in force in respect of Slovakia at the relevant time, the World Health Organization Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe or General Recommendation No. 24 of the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) ... that medical procedures, of which sterilisation is one, may be carried out only with the prior informed consent of the person concerned. The same approach has been endorsed by FIGO (see paragraphs 97-98 above). The only exception concerns emergency situations in which medical treatment cannot be delayed and the appropriate consent cannot be obtained.

98. In the present case, the applicant was sterilised in a public hospital immediately after she had given birth to her second child via Caesarean section. The doctors considered the procedure necessary, as a possible third

pregnancy entailed serious risks to her life and that of her child, in particular a risk of rupture of the uterus.

99. It is not the Court's role to review the assessment by medical doctors of the state of health of the applicant's reproductive organs. However, it is relevant to note that sterilisation is not generally considered as life-saving surgery. There is no indication that the situation was different in the present case; this was confirmed by one of the doctors involved in the domestic proceedings (see paragraph 31 above). As there was no emergency involving imminent risk of irreparable damage to the applicant's life or health, and since the applicant was a mentally competent adult patient, her informed consent was a prerequisite to the procedure, even assuming that the latter was a "necessity" from a medical point of view.

100. The documents available indicate that the applicant was asked to give her consent in writing two and a half hours after she had been brought to hospital, when she was in the process of established labour and in a supine position. The relevant entry in the delivery record was typed and merely indicated "Patient requests sterilisation".

101. In the Court's view, such an approach is not compatible with the principles of respect for human dignity and human freedom embodied in the Convention and the requirement of informed consent laid down in the international documents to which reference is made above. In particular, it does not appear from the documents submitted that the applicant was fully informed about her health status, the proposed procedure and the alternatives to it. Furthermore, asking the applicant to consent to such an intervention while she was in labour and shortly before performing a Caesarean section clearly did not permit her to take a decision of her own free will, after consideration of all the relevant issues and, as she may have wished, after having reflected on the implications and discussed the matter with her partner.

102. In this context, no decisive weight can be attached to the Government's arguments concerning the history of the applicant's pregnancies and her failure to undergo regular check-ups. According to the Government, the applicant's sterilisation was aimed at preventing a possibly life-threatening deterioration of her health. Such a threat was not imminent as it was likely to materialise only in the event of a future pregnancy. It could also have been prevented by means of alternative, less intrusive methods. In those circumstances, the applicant's informed consent could not be dispensed with on the basis of an assumption on the part of the hospital staff that she would act in an irresponsible manner with regard to her health in the future.

103. The way in which the hospital staff acted was paternalistic, since, in practice, the applicant was not offered any option but to agree to the procedure which the doctors considered appropriate in view of her situation. However, in similar situations informed consent was required, promoting autonomy of moral choice for patients.

104. The principle of patients' autonomy in their relationship with health-care professionals is explored in the explanatory report to the Convention on Human Rights and Biomedicine. A requirement of respect for, *inter alia*, women's right to autonomy and choice in the context of health care is set out in point 31(e) of General Recommendation No. 24 adopted by CEDAW in 1999. The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, albeit subsequent to the facts of the present case, confirms the above considerations. In particular, its Article 5 calls for respect for the autonomy of persons to make decisions while taking responsibility for those decisions. Shortcomings in the domestic law and practice in this regard were acknowledged in the expert report of the Ministry of Health of 28 May 2003, which stated that medical personnel and individuals were not on an equal footing and that individuals' rights and responsibilities in matters of health care had been limited. In this context, the applicant's sterilisation should be considered also in the light of the requirement to respect a person's dignity and integrity embodied in Article 1 of the Convention on Human Rights and Biomedicine, which was ratified by Slovakia with effect from 1 December 1999 and was published in the Collection of Laws on 10 February 2000.

105. The Court notes that the sterilisation procedure grossly interfered with the applicant's physical integrity as she was thereby deprived of her reproductive capability. At the time of her sterilisation the applicant was 20 years old and therefore at an early stage in her reproductive life.

106. The procedure was not an imminent necessity from a medical point of view. The applicant did not give her informed consent to it. Instead, she was asked to sign the typed words "Patient requests sterilisation" while she was in a supine position and in pain resulting from several hours' labour. She was prompted to sign the document after being told by medical staff that she or her baby would die in the event of a further pregnancy.

107. Thus, the sterilisation procedure, including the manner in which the applicant was requested to agree to it, was liable to arouse in her feelings of fear, anguish and inferiority and to entail lasting suffering. As to the last-mentioned point in particular, the applicant experienced difficulties in her relationship with her partner, who subsequently became her husband, as a result of her infertility. She cited her infertility as one of the reasons for her divorce in 2009. The applicant suffered serious medical and psychological

after-effects from the sterilisation procedure, which included the symptoms of a false pregnancy and required treatment by a psychiatrist. Owing to her inability to have more children the applicant has been ostracised by the Roma community.

108. Although there is no indication that the medical staff acted with the intention of ill-treating the applicant, they nevertheless displayed gross disregard for her right to autonomy and choice as a patient. In the Court's view, the treatment to which she was subjected as described above attained the threshold of severity required to bring it within the scope of Article 3.

109. There has therefore been a violation of Article 3 of the Convention on account of the applicant's sterilisation.

## **B. Alleged failure to conduct an effective investigation**

### *1. The parties' submissions*

#### **(a) The applicant**

110. The applicant maintained that the respondent State had failed to comply with its obligation under the procedural limb of Article 3 to carry out an effective investigation into her sterilisation. A criminal investigation into the case should have been started at the initiative of the authorities after they had been informed about the interference. The general investigation into the sterilisation of Roma women which the Government had initiated could not be considered effective in respect of the applicant's own case. Similarly, the civil proceedings brought by the applicant had not complied with the requirements of Article 3. In particular, the applicant had been placed in a difficult position as the courts had been bound to examine the case only in the light of the parties' submissions, and the burden of proof had lain on the latter. Those proceedings had not led to the identification and punishment of those responsible.

#### **(b) The Government**

111. The Government disagreed with the applicant's arguments. In their view, there had been no breach of Article 3 under its procedural limb, given that the alleged practice of forced sterilisation of Roma women had been thoroughly examined in the context of the criminal proceedings initiated by the Government Office and the group of experts established by the Ministry of Health. Any specific obligations incumbent on the State in respect of the applicant's case had been complied with in the context of the civil proceedings initiated by her.

## 2. *The Court's assessment*

### (a) **General principles**

112. Articles 1 and 3 of the Convention impose positive obligations on the Contracting Parties, designed to prevent and provide redress for various forms of ill-treatment. In particular, in a similar manner to cases raising an issue under Article 2 of the Convention, there is a requirement to conduct an effective official investigation (see, for example, *Assenov and Others v. Bulgaria*, 28 October 1998, § 102, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, and *Biçici v. Turkey*, no. 30357/05, § 39, 27 May 2010, with further references).

113. The investigation in such cases must be thorough and expeditious. However, the failure of any given investigation to produce conclusions does not, by itself, mean that it was ineffective: an obligation to investigate “is not an obligation of result, but of means” (see *Mikheyev v. Russia*, no. 77617/01, §§ 107-09, 26 January 2006, with further references).

114. In cases raising issues under Article 2 of the Convention in the context of alleged medical malpractice, the Court has held that where the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence the obligation may, for instance, also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained (see *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I; *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 90, ECHR 2004-VIII; and *Byrzykowski v. Poland*, no. 11562/05, § 105, 27 June 2006).

### (b) **Assessment of the facts of the present case**

115. The Court has found above that the way in which the hospital staff acted was open to criticism, given that the applicant had not given her informed consent to the sterilisation. However, the information available does not indicate that the doctors acted in bad faith, with the intention of ill-treating the applicant (see also paragraph 119 above). In this respect, the present case differs from other cases in which the Court held that the domestic authorities should start a criminal investigation of their own



initiative once the matter had come to their attention (see, for example, *Muradova v. Azerbaijan*, no. 22684/05, § 123, 2 April 2009).

116. The applicant had the possibility of requesting a criminal investigation into her case but did not avail herself of it. She sought redress by means of an action under Articles 11 et seq. of the Civil Code for protection of her personal integrity. In the context of the civil proceedings she was entitled to submit her arguments with the assistance of a lawyer, indicate evidence which she considered relevant and appropriate and have an adversarial hearing on the merits of her case. The civil proceedings lasted for two years and one month over two levels of jurisdiction, and the Constitutional Court subsequently decided on the applicant's complaint concerning her relevant rights under the Convention within thirteen months. Hence, the applicant had an opportunity to have the actions of the hospital staff which she considered unlawful examined by the domestic authorities. The domestic courts dealt with her case within a period of time which is not open to particular criticism.

117. In view of the foregoing, the applicant's argument that the respondent State failed to carry out an effective investigation into her sterilisation, contrary to its obligations under Article 3, cannot be accepted.

118. There has therefore been no procedural violation of Article 3 of the Convention.

## II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

119. The applicant complained that her right to respect for her private and family life had been breached on account of her sterilisation without her full and informed consent. She relied on Article 8 of the Convention which, in its relevant parts, provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family 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 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.”

### A. The parties' submissions

#### 1. *The applicant*

120. The applicant submitted that the interference had not satisfied the requirements of paragraph 2 of Article 8 and that the Slovakian authorities had failed to comply with their positive obligation under Article 8 as

they had not provided her with information about ways of protecting her reproductive health, including information on the characteristics and consequences of sterilisation and alternative methods of contraception.

121. The provisions of the 1972 Sterilisation Regulation had not been complied with as there had been no genuine declaration signed by the applicant and the procedure had not been pre-approved by a sterilisation committee. Furthermore, that Regulation did not provide an appropriate framework for ensuring that patients could give free and informed consent in similar circumstances, as required by the relevant international instruments.

122. Sterilisation via tubal ligation was not life-saving surgery. Had that been the case, there would have been no need to obtain the applicant's signature on the delivery record. The circumstances under which she had signed the relevant document excluded the possibility of her giving full and informed consent to the procedure, which had grossly affected her private and family life.

123. The applicant considered her infertility to be irreversible, as a future *in vitro* fertilisation was not accessible to her for both religious and financial reasons. Her sterilisation had resulted in the deterioration of her relationship with the father of her children and had impaired her standing in the Roma community of which she was a member, and was one of the reasons for her divorce in 2009.

## 2. *The Government*

124. The Government maintained that there had been gynaecological and obstetric indications for the applicant's sterilisation as there was a serious risk of damage to both her health and life and those of her child in the event of a further pregnancy. The sterilisation had been performed at the applicant's request. As it had been performed on unhealthy reproductive organs, the head physician of the hospital department had been authorised, in accordance with section 2(a) of the 1972 Sterilisation Regulation, to decide whether indications for sterilisation existed.

125. The applicant had requested sterilisation some two and a half hours after she had been admitted to the hospital and she had been placed under anaesthesia approximately one hour later. Until that moment no substances had been administered to her capable of affecting her cognitive functions. The Government maintained that the applicant had herself requested the procedure after she had been advised, in an appropriate manner, about the risks resulting from a possible third pregnancy and the consequences of sterilisation. As established by the domestic courts, the interference had been in accordance with the relevant law and necessary for protecting the applicant's own life and health. The Government left it to the Court to assess

to what extent the procedure had complied with the relevant international standards.

126. It was still possible for the applicant to become pregnant, for example by means of *in vitro* fertilisation. At the hearing, the Government indicated that they were prepared to cover the costs of such a procedure. However, owing to the serious risks inherent in a further pregnancy, the applicant would have to agree to undergo frequent medical check-ups throughout its duration.

## **B. The Court's assessment**

### *1. General principles*

127. "Private life" is a broad term, encompassing, *inter alia*, aspects of an individual's physical, psychological and social identity such as the right to personal autonomy and personal development, the right to establish and develop relationships with other human beings and the right to respect for both the decisions to have and not to have a child (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I, and *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 43, 22 January 2008).

128. The essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities. Any interference under the first paragraph of Article 8 must be justified in terms of the second paragraph, namely as being "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society" for one or more of the legitimate aims listed therein. The notion of "necessity" implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to one of the legitimate aims pursued by the authorities (see, for example, *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, §§ 218-41, ECHR 2010).

129. In addition, the Contracting States are under a positive obligation to secure to persons within their jurisdiction effective respect for their rights under Article 8. For the assessment of such positive obligations it must be borne in mind that the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention. Compliance with requirements imposed by the rule of law presupposes that the rules of domestic law must provide a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention.

130. While Article 8 contains no explicit procedural requirements, it is important for the effective enjoyment of the rights guaranteed by this provision that the relevant decision-making process is fair and such

as to afford due respect to the interests safeguarded by it. What has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the nature of the decisions to be taken, an individual has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to ensure the requisite protection of his or her interests (for a recapitulation of the relevant principles see, in particular, *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 32, Series A no. 32; *Tysiác v. Poland*, no. 5410/03, §§ 107-13, ECHR 2007-I; and *A, B and C v. Ireland*, cited above, §§ 247-49).

131. The principles set out above are relevant also as regards a person's right to respect for his or her family life. That notion under Article 8 of the Convention presupposes the existence of a family, but it is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* "family" ties where the parties are living together outside marriage (see, for example, *E.B. v. France*, cited above, § 41; *Anayo v. Germany*, no. 20578/07, §§ 55, 58 and 63, 21 December 2010; *Keegan v. Ireland*, 26 May 1994, §§ 49-55, Series A no. 290; and *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, §§ 84-88, 12 February 2009, all with further references).

## 2. Compliance with Article 8

132. The applicant's sterilisation affected her reproductive health status and had repercussions on various aspects of her private and family life. It therefore amounted to interference with her rights under Article 8. This was not disputed between the parties.

133. In so far as the applicant complains that her sterilisation without her full and informed consent violated her right to respect for her private and family life, in the light of its finding that the sterilisation was in breach of the applicant's rights under Article 3 of the Convention the Court does not find it necessary to examine this complaint separately under Article 8 of the Convention.

134. The Court nevertheless considers it important to examine whether the respondent State complied with its positive obligation under Article 8 to secure through its legal system the rights guaranteed by that Article, by putting in place effective legal safeguards to protect the reproductive health of women of Roma origin in particular.

135. The Court notes that the documents before it indicate that the issue of sterilisation and its improper use affected vulnerable individuals belonging to various ethnic groups. However, the Council of Europe Commissioner for Human Rights was convinced that the Roma population of eastern Slovakia had been at particular risk. This was due, *inter alia*, to the widespread negative attitudes towards the relatively high birth rate among

the Roma compared to other parts of the population, often expressed as worries about an increased proportion of the population living on social benefits. In the Commissioner's view, the Slovakian Government had an objective responsibility in the matter because of systemic shortcomings in the procedures permitted and, in particular, for failing to put in place adequate legislation and exercise appropriate supervision of sterilisation practices ...

136. Similarly, in its third report on Slovakia, the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) stated that public opinion towards the Roma minority in Slovakia remained generally negative. That minority remained severely disadvantaged in most areas of life. The view was expressed that more adequate safeguards should be put in place ...

137. In the concluding observations of its 2008 periodic report on Slovakia, CEDAW expressed its concern at information received in respect of Roma women who reported having been sterilised without their prior and informed consent. It recommended that the Government take steps to ensure that patients were able to provide fully informed consent before any sterilisation procedure ...

138. In its report of 28 May 2003, the group of experts set up by the Ministry of Health concluded that certain shortcomings that had been identified in terms of health care and non-compliance with the regulations on sterilisation affected the whole population equally, regardless of patients' ethnic origin. The report nevertheless contained a set of recommendations regarding the education of medical staff, focusing on "cultural differences in regions with an increased concentration of Roma communities" (see paragraphs 54-55 above).

139. The Court has noted in this regard that the entry in the "Medical history" part of the record of the applicant's pregnancy and delivery, under the subsection entitled "Social and working conditions, especially during the pregnancy", simply stated: "Patient is of Roma origin". Moreover, in the proceedings before the Slovakian civil courts, one of the doctors at Prešov Hospital considered that the applicant's situation was "the same as other similar cases" (see paragraph 32 above).

140. The Government explained that the reference to the applicant's Roma origin had been necessary as Roma patients frequently neglected social and health care and therefore required special attention. Even assuming this to have been the reason for the entry, the reference in the record to the applicant's ethnic origin without further details being given indicates, in the view of the Court, a certain mindset on the part of the medical staff as to the manner in which the medical situation of a Roma woman should be managed. Certainly, it does not suggest that special care was to be, or was

in fact, exercised to ensure that the full and informed consent of such a patient was obtained before any sterilisation was contemplated, or that the patient was involved in the decision-making process to a degree permitting her interests to be effectively protected.

141. Both the 1972 Sterilisation Regulation and the Health Care Act 1994 required patients' consent prior to medical intervention. However, those provisions, in view also of their interpretation and implementation in the applicant's case, did not provide appropriate safeguards. In particular, they allowed a situation to occur in which an intervention of a particularly serious nature was carried out without the applicant's informed consent as defined in the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine, by which Slovakia was bound at the relevant time.

142. Specific measures aimed at the elimination of such shortcomings and ensuring compliance with the international standards were introduced with the enactment of the Health Care Act 2004, which became operative on 1 January 2005. In contrast to the 1972 Sterilisation Regulation and the Health Care Act 1994, the new legislation governs in detail the provision of information to patients and their informed consent. In particular, section 40 defines the prerequisites for a person's sterilisation. These include a written request and written consent following prior information concerning, *inter alia*, alternative methods of contraception, planned parenthood and the medical consequences of sterilisation. No sterilisation may be carried out until at least thirty days after informed consent has been given. The Court welcomes these developments but notes that they cannot affect the applicant's situation as they are subsequent to the relevant facts of the present case.

143. Accordingly, the absence at the relevant time of safeguards giving special consideration to the reproductive health of the applicant as a Roma woman resulted in a failure by the respondent State to comply with its positive obligation to secure to her a sufficient measure of protection enabling her to effectively enjoy her right to respect for her private and family life.

144. There has therefore been a breach of Article 8 of the Convention.

...

## V. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION

145. The applicant complained that in the context of her sterilisation she had been discriminated against, on the grounds of her race and sex, in the enjoyment of her rights under Articles 3, 8 and 12 of the Convention. She alleged a violation of Article 14 of the Convention, which provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

## **A. The parties’ submissions**

### *1. The applicant*

146. The applicant considered that her ethnic origin had played a decisive role in the decision by the medical personnel of Prešov Hospital to sterilise her. Her complaint about discriminatory treatment was to be examined in the light of the sterilisation policies and practice existing under the communist regime and also in the context of the widespread intolerance towards the Roma in Slovakia. That climate had influenced the attitudes of the medical personnel. The indication in her medical record that she was of Roma ethnic origin and her treatment as a patient at Prešov Hospital demonstrated the climate in that hospital with regard to Roma patients and the overall context in which her sterilisation had taken place. After the hearing, the applicant specified that she did not wish to complain separately about the segregation of Roma patients at Prešov Hospital.

147. In addition to having been subjected to racial discrimination, the applicant alleged that she had been subjected to discrimination on the ground of her sex as she had been subjected to a difference in treatment in connection with her pregnancy. Referring to documents from CEDAW, the applicant argued that a failure by health services to accommodate the fundamental biological differences between men and women in terms of reproduction was in breach of the prohibition of discrimination on the ground of sex. The sterilisation performed on her without her full and informed consent amounted to a form of violence against women. As such it was contrary to Article 14.

### *2. The Government*

148. The Government denied any practice of targeted discrimination of Roma patients in medical institutions in Slovakia, including Prešov Hospital, and disputed the applicant’s allegations in that regard.

149. The applicant’s sterilisation had been indicated for medical reasons and had been performed at her request. In other similar cases doctors had proceeded in the same way regardless of the patients’ race or skin colour.

150. While it was true that the medical documents included an entry indicating that the applicant was of Roma origin, that entry had been made in the delivery record, in the part describing the applicant’s medical history.

The medical staff of Prešov Hospital specifically mentioned the Roma origin of patients in documents, as those patients' social and health care had been frequently neglected and they therefore required special attention.

### 3. FIGO

151. FIGO considered it unethical for a physician to perform a sterilisation procedure as an adjunct to a Caesarean section because he or she considered it desirable in the patient's interest, unless the physician had fully discussed the matter with the patient before delivery and received her voluntary consent. Given the irreversible nature of many sterilisation procedures, physicians should not allow any language, cultural or other differences between themselves and their patients to leave the latter unaware of the nature of the sterilisation procedures being proposed to them and for which they were requested to provide prior consent.

#### **B. The Court's assessment**

152. The applicant alleged a breach of Article 14 read in conjunction with Articles 3, 8 and 12 of the Convention. In the circumstances of the case, the Court considers it most natural to consider the discrimination complaint in conjunction with Article 8 as the interference at issue affected one of her essential bodily functions and entailed numerous adverse consequences for her private and family life in particular.

153. The materials before the Court indicate that the practice of sterilisation of women without their prior informed consent affected vulnerable individuals from various ethnic groups. The Court has held that the information available is not sufficient to demonstrate in a convincing manner that the doctors acted in bad faith, with the intention of ill-treating the applicant (see paragraph 119 above). Similarly, and notwithstanding the fact that the applicant's sterilisation without her informed consent calls for serious criticism, the objective evidence is not sufficiently strong in itself to convince the Court that it was part of an organised policy or that the hospital staff's conduct was intentionally racially motivated (see, *mutatis mutandis*, *Mižigárová v. Slovakia*, no. 74832/01, §§ 117 and 122, 14 December 2010).

154. Nevertheless, it is relevant from the viewpoint of Article 14 that in their materials both the Human Rights Commissioner and ECRI identified serious shortcomings in the legislation and practice relating to sterilisations. They expressed the view that those shortcomings were liable to affect members of the Roma community in particular, who were severely disadvantaged in most areas of life. The same opinion was implicitly admitted by the group



of experts established by the Ministry of Health, who recommended special measures in respect of the Roma population.

155. In that connection, the Court has found that the respondent State failed to comply with its positive obligation under Article 8 of the Convention to secure to the applicant a sufficient measure of protection enabling her, as a member of the vulnerable Roma community, to effectively enjoy her right to respect for her private and family life in the context of her sterilisation.

156. In these circumstances, the Court does not find it necessary to separately determine whether the facts of the case also gave rise to a breach of Article 14 of the Convention.

## VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

157. 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

158. The applicant argued that the interference with her rights had been of a particularly serious nature and had had lasting repercussions. She claimed 50,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

159. The Government considered that claim overstated. They argued that the applicant had given her consent to the sterilisation procedure and that she could undergo *in vitro* fertilisation if she wished to have more children. The Government pointed out that, at the hearing before the Court, they had offered to cover the costs of such a procedure.

160. Having regard to the breaches of the Convention established and their factual background, the Court awards the applicant EUR 31,000 in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable.

...

## FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* unanimously that there has been a substantive violation of Article 3 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that there has been no procedural violation of Article 3 of the Convention;

3. *Holds* unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

...

6. *Holds* by six votes to one that a separate examination of the complaint under Article 14 of the Convention is not called for;

7. *Holds* unanimously

(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, the following amounts:

(i) EUR 31,000 (thirty-one thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

...

Done in English, and notified in writing on 8 November 2011, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Fatoş Aracı  
Deputy Registrar

Nicolas Bratza  
President

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

N.B.  
F.A.

## DISSENTING OPINION OF JUDGE MIJOVIĆ

While I have no difficulty in sharing the majority's view that there have been violations of both Articles 3 and 8 of the Convention, to my regret, my opinion on the Article 14 complaint differs significantly from the conclusion reached by the majority. The Chamber decided that no separate examination of the complaint under Article 14 of the Convention was called for. To me, that complaint was the very essence of this case and should have been dealt with on its merits, with a finding of a violation of Article 14.

In its case-law, the Court has established that discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in relevantly similar situations. Against the background of the principles of the Court's case-law as confirmed in *D.H. and Others v. the Czech Republic* ([GC], no. 57325/00, §§ 175-81, ECHR 2007-IV) and *Oršuš and Others v. Croatia* ([GC], no. 15766/03, §§ 147-53, ECHR 2010), I am compelled to disagree totally with the Chamber's finding and regret that the discrimination to which the applicant was clearly subjected is given scant attention in the judgment.

The facts of the case confirm that the applicant had a medical record and that under the "Medical history" subsection, the words "Patient is of Roma origin" appeared. The Government explained that that entry in the delivery record indicating the applicant's ethnic origin had been necessary as Roma patients' social and health care had frequently been neglected and that they therefore required "special attention".

I find this argument totally unacceptable since the "special attention" was in fact the applicant's sterilisation, which has been found to be in breach of both Articles 3 and 8 of the Convention. Finding violations of Articles 3 and 8 alone in my opinion reduces this case to the individual level, whereas it is obvious that there was a general State policy of sterilisation of Roma women under the communist regime (governed by the 1972 Sterilisation Regulation), the effects of which continued to be felt up to the time of the facts giving rise to the present case. Additionally, and in order to illustrate that not many things had changed regarding State policy towards the Roma population, in its third report on Slovakia the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) stated that public opinion towards the Roma minority remained generally negative. Furthermore, ECRI expressed particular concern about reports indicating that Roma women had been, on an ongoing basis, subjected to sterilisation in some hospitals without their full and informed consent. The fact that there are other cases of this kind pending before the Court reinforces my personal conviction

that the sterilisations performed on Roma women were not of an accidental nature, but relics of a long-standing attitude towards the Roma minority in Slovakia. To my mind, the applicant was “marked out” and observed as a patient who had to be sterilised just because of her origin, since it was obvious that there were no medically relevant reasons for sterilising her. In my view, that represents the strongest form of discrimination and should have led to a finding of a violation of Article 14 in connection with the violations found of Articles 3 and 8 of the Convention.

For the above reasons, I also voted against the Chamber’s finding that the remainder of the applicant’s claim for just satisfaction should be dismissed, since I am of the opinion that a violation of Article 14 of the Convention, if found, would have led to the acceptance of these claims.

V.C. c. SLOVAQUIE  
(*Requête n° 18968/07*)

QUATRIÈME SECTION

ARRÊT DU 8 NOVEMBRE 2011<sup>1</sup>

---

1. Traduction; original anglais. Extraits.



SOMMAIRE<sup>1</sup>**Stérilisation d'une femme rom sans son consentement éclairé****Article 3**

*Traitement inhumain et dégradant – Stérilisation d'une femme rom sans son consentement éclairé – Manque total de respect du droit de la requérante à l'autonomie et au choix en tant que patiente – Consentement à la stérilisation obtenu pendant que la requérante était en travail et sans qu'elle ait été correctement informée – Enquête effective*

**Article 8**

*Vie privée et familiale – Obligations positives – Absence de garanties accordant une considération particulière à la santé reproductive de la requérante en tant que Rom – Intervention chirurgicale importante effectuée sans le consentement éclairé de la patiente*

\*

\* \*

En 2000, la requérante, une femme rom, fut stérilisée dans un hôpital public alors qu'elle venait d'accoucher de son deuxième enfant par césarienne. La stérilisation fut effectuée par ligature des trompes de Fallope afin d'empêcher la fécondation. Le compte rendu de l'accouchement contenait une référence explicite à l'origine ethnique de la requérante ainsi qu'une demande de stérilisation signée de sa main. De son côté, la requérante déclare qu'elle n'a pas compris le terme « stérilisation » et qu'elle a signé la demande alors qu'elle était en travail et après que le personnel hospitalier lui eut indiqué qu'elle ou l'enfant risquerait de mourir si elle tombait de nouveau enceinte. Selon ses dires, elle a été placée pendant son séjour à l'hôpital dans une chambre où se trouvaient d'autres femmes roms et il leur était interdit d'utiliser les mêmes sanitaires que les femmes non roms. La requérante engagea, en vain, une procédure civile où elle fit valoir que sa stérilisation était contraire à la législation nationale et aux normes du droit international des droits de l'homme et qu'elle n'avait pas été dûment informée de la nature de l'intervention, de ses conséquences et des autres solutions possibles. Le recours constitutionnel qu'elle forma par la suite fut également rejeté.

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

1. Article 3: a) *Aspect matériel* – La stérilisation constitue une atteinte majeure à la capacité d'une personne à procréer et a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale. Imposée à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement, pareille intervention est incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme. En outre, il ressort des textes normatifs internationaux généralement reconnus que la stérilisation ne peut être pratiquée qu'à condition que la personne concernée ait préalablement donné son consentement éclairé, sauf dans les cas d'urgence<sup>1</sup>. La requérante a été stérilisée dans un hôpital public immédiatement après avoir accouché par césarienne car les médecins estimaient qu'une nouvelle grossesse mettrait en danger sa vie et celle de son enfant. Toutefois, comme l'un des médecins l'a confirmé, il n'y avait pas d'urgence due à un risque imminent de dommage irréparable pour la vie de la requérante. Sachant que celle-ci était une patiente adulte saine d'esprit, il était indispensable d'obtenir son consentement éclairé avant l'intervention, même en supposant que cette dernière correspondait à une «nécessité» médicale. On a demandé à la requérante de donner son consentement par écrit alors qu'elle était en travail et n'avait pas été pleinement informée de son état de santé, de l'intervention proposée ou des autres solutions. Lui demander son consentement dans une situation aussi délicate ne lui a à l'évidence pas permis de prendre une décision en pleine connaissance de cause, après avoir réfléchi à toutes les conséquences et parlé avec son compagnon. Le comportement paternaliste du personnel hospitalier n'a pas donné à la requérante d'autre possibilité que d'accepter l'intervention que les médecins jugeaient appropriée. Ainsi, la stérilisation, y compris la manière dont on a demandé à la requérante d'y consentir, était susceptible de faire naître chez elle des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité. Elle a également entraîné des souffrances durables puisque, à cause de sa stérilité, l'intéressée a divorcé et été mise à l'écart de la communauté rom. Même si rien n'indique que le personnel médical ait agi dans l'intention de maltraiter la requérante, il a fait preuve d'un manque total de respect envers son droit à l'autonomie et au choix en tant que patiente, ce qui s'analyse en un traitement contraire à l'article 3.

*Conclusion*: violation (unanimité).

b) *Aspect procédural* – La Cour a déjà conclu que la manière dont le personnel hospitalier avait agi prêtait le flanc à la critique étant donné que la requérante n'avait pas donné son consentement éclairé à sa stérilisation. Cela étant, rien n'indique que les médecins ont agi de mauvaise foi ou dans l'intention de maltraiter la requérante. Celle-ci avait la possibilité de demander l'ouverture d'une enquête pénale sur son cas, mais elle ne s'en est pas prévalu. A la place, elle a engagé une action au civil

---

1. Voir par exemple la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, la Déclaration de l'Organisation mondiale de la santé sur la promotion des droits des patients en Europe et la Recommandation générale 24 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.



pour la protection de son intégrité personnelle. Dans le cadre de cette procédure, elle a été représentée par un avocat, a pu présenter ses arguments et les éléments de preuve qui lui paraissaient importants et participer à une audience contradictoire portant sur le fond de l'affaire. Dans ces conditions, la Cour est convaincue que la requérante a eu la possibilité de faire examiner par les autorités nationales les actions du personnel hospitalier. Cet examen s'est déroulé dans un délai raisonnable. Dès lors, le grief de la requérante selon lequel l'Etat défendeur n'a pas mené une enquête effective sur sa stérilisation n'est pas recevable.

*Conclusion*: non-violation (unanimité).

2. Article 8: de nombreux organismes internationaux tels que la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ont constaté l'existence du problème de la stérilisation des femmes roms en Slovaquie et appelé à mettre en place des garanties adaptées. Le Gouvernement a expliqué qu'il était nécessaire de préciser l'origine de la requérante dans son dossier médical car les patientes roms fréquentaient très peu les centres sociaux et de soins et avaient donc besoin d'une attention spéciale. Même en admettant cela, la Cour ne peut que noter que la présence de cette mention est révélatrice d'un certain état d'esprit de la part du personnel médical quant à la manière dont il convenait de traiter médicalement une femme rom. En dépit du fait que la législation interne en vigueur à l'époque exigeait que la patiente donne son consentement avant sa stérilisation, ces dispositions n'ont pas fourni dans le cas de la requérante des garanties appropriées et ont permis qu'une intervention particulièrement importante soit pratiquée sans le consentement éclairé de la requérante. Dès lors, l'absence de garanties permettant d'accorder une considération particulière à la santé reproductive de la requérante en sa qualité de femme rom signifie que l'Etat défendeur a failli à son obligation positive d'assurer à celle-ci le droit au respect de sa vie privée et familiale. Des mesures spécifiques visant à combler ces lacunes procédurales ont été adoptées en 2004, c'est-à-dire après que les faits à l'origine de la requête en cause se furent produits, et ne pouvaient donc avoir d'incidence sur la situation de l'intéressée.

*Conclusion*: violation (unanimité).

Article 41 : la Cour octroie une certaine somme pour dommage moral.

### **Jurisprudence citée par la Cour**

*Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32

*Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290

*Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII

*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV

*Rehbock c. Slovaquie*, n° 29462/95, CEDH 2000-XII

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

*Peers c. Grèce*, n° 28524/95, CEDH 2001-III

*Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, CEDH 2002-I  
*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III  
*Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, CEDH 2004-II  
*Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII  
*Mikheïev c. Russie*, n° 77617/01, 26 janvier 2006  
*Byrzykowski c. Pologne*, n° 11562/05, 27 juin 2006  
*Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, CEDH 2006-IX  
*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, CEDH 2007-I  
*Tysiãc c. Pologne*, n° 5410/03, CEDH 2007-I  
*Necdet Bulut c. Turquie*, n° 77092/01, 20 novembre 2007  
*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008  
*Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, 12 février 2009  
*Mouradova c. Azerbaïdjan*, n° 22684/05, 2 avril 2009  
*Mrozowski c. Pologne*, n° 9258/04, 12 mai 2009  
*Grori c. Albanie*, n° 25336/04, 7 juillet 2009  
*A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, CEDH 2010  
*Biçici c. Turquie*, n° 30357/05, 27 mai 2010  
*Les témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, n° 302/02, 10 juin 2010  
*Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, 21 décembre 2010  
*Sambor c. Pologne*, n° 15579/05, 1<sup>er</sup> février 2011

**En l'affaire V.C. c. Slovaquie,**

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

Nicolas Bratza, *président*,  
Lech Garlicki,  
Ljiljana Mijović,  
David Thór Björgvinsson,  
Ján Šikuta,  
Päivi Hirvelä,  
Mihai Poalelungi, *juges*,

et de Fatoş Araci, *greffière adjointe de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 22 mars 2011, le 6 juin 2011, le 24 août 2011 et le 17 octobre 2011,

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

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 18968/07) dirigée contre la République slovaque, Etat dont une ressortissante, M<sup>me</sup> V. C. (« la requérante »), a saisi la Cour le 23 avril 2007 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 la requérante (article 47 § 3 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. La requérante a été représentée par M<sup>es</sup> B. Bukovská et V. Durbáková, avocates travaillant en collaboration avec le Centre des droits civils et des droits de l'homme de Košice. Le gouvernement de la République slovaque (« le Gouvernement ») a été représenté par son agente, M<sup>me</sup> M. Pirošíková.

3. La requérante alléguait une violation des articles 3, 8, 12, 13 et 14 de la Convention à raison de sa stérilisation dans un hôpital public. 4. Par une décision du 16 juin 2009, la Cour a déclaré la requête recevable.

5. Tant la requérante que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur le fond (article 59 § 1 du règlement). En outre, la Fédération internationale de gynécologie et d'obstétrique (la FIGO), que le président avait autorisée à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement), a également soumis des observations.

6. Une audience avait été fixée au 7 septembre 2010. Elle a été ajournée le 24 août 2010 à la demande du Gouvernement, qui a indiqué qu'il souhaitait examiner la possibilité d'aboutir à un règlement amiable. Les parties ne sont pas parvenues à conclure un règlement amiable.

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 22 mars 2011 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M <sup>mes</sup> M. Pirošíková,	<i>agent,</i>
K. Čahojová,	<i>coagent,</i>
MM. M. Buzga,	
V. Cupaník,	
J. Palkovič,	<i>conseillers;</i>

– *pour la requérante*

M <sup>mes</sup> B. Bukovská,	
V. Durbáková,	<i>conseils.</i>

La Cour a entendu en leurs déclarations M<sup>me</sup> Bukovská, M<sup>me</sup> Durbáková et M<sup>me</sup> Pirošíková ainsi que M. Buzga et M. Cupaník.

EN FAIT

## I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. La requérante, d'origine rom, est née en 1980 et réside à Jarovnice. Elle termina sa scolarité obligatoire en sixième année et est sans emploi. Sa langue maternelle est le romani, qu'elle utilise de même qu'un dialecte local pour communiquer quotidiennement.

### A. La stérilisation de la requérante à l'hôpital de Prešov

9. Le 23 août 2000, la requérante fut stérilisée pendant son séjour au centre hospitalier et de soins de Prešov (qui s'appelle désormais le centre hospitalier universitaire et centre de soins J.A. Reiman de Prešov – « l'hôpital de Prešov »), placé sous l'autorité du ministère de la Santé.

10. L'intervention fut pratiquée pendant que la requérante accouchait de son deuxième enfant par césarienne. Pour son premier accouchement, la requérante avait déjà eu une césarienne. La stérilisation fut effectuée par

ligature des trompes suivant la méthode Pomeroy, qui consiste à sectionner et obturer les trompes de Fallope afin d'empêcher la fécondation.

11. La requérante ne fut pas suivie régulièrement sur le plan médical pendant sa grossesse. Elle ne se rendit qu'une seule fois chez son médecin généraliste.

12. Elle fut admise dans le service de gynécologie et d'obstétrique de l'hôpital de Prešov le 23 août 2000 peu avant 8 heures. Elle avait des douleurs car le travail avait déjà commencé. A son arrivée, on l'informa qu'elle accoucherait par césarienne.

13. Le déroulement de l'accouchement a été consigné par écrit dans un compte rendu comportant des indications notées à intervalles réguliers. La première mention a été enregistrée à 7 h 52. Puis la requérante a été placée sous monitoring (cardio-échographie). La dernière mention y afférente a été enregistrée à 10 h 35.

14. D'après le compte rendu, après 10 h 30, alors que le travail était bien avancé, la requérante demanda à être stérilisée. Cette demande a été consignée directement dans le compte rendu par le biais de la mention tapée à la machine: «La patiente demande la stérilisation.» En dessous figure la signature tremblée de la requérante: celle-ci a signé d'une main peu sûre en utilisant son nom de jeune fille, qu'elle portait à l'époque, écrit en deux mots.

15. La requérante déclare que, alors qu'elle était en travail depuis plusieurs heures et avait des douleurs, le personnel médical de l'hôpital de Prešov lui avait demandé si elle souhaitait avoir d'autres enfants. Elle aurait répondu par l'affirmative mais le personnel lui aurait dit que, dans ce cas, soit elle-même soit le bébé mourrait. Elle aurait commencé à pleurer et, comme elle était convaincue que sa prochaine grossesse lui serait fatale, elle aurait dit au personnel: «Faites ce que vous voulez.» On lui aurait alors demandé d'apposer sa signature sous la mention indiquant qu'elle avait demandé la stérilisation. Elle n'aurait pas compris le sens du terme stérilisation et aurait signé par peur de conséquences fatales si elle ne le faisait pas. Etant donné qu'elle était en fin de travail, ses capacités cognitives auraient été diminuées par le travail et la douleur.

16. A 11 h 30, la requérante fut placée sous anesthésie, après quoi on procéda à la césarienne. Vu l'état des organes reproductifs de la requérante, les deux médecins demandèrent au chef de service s'il valait mieux effectuer une hystérectomie ou une stérilisation. Ils optèrent pour une ligature des trompes. L'intervention se termina à 12 h 10 et la requérante se réveilla dix minutes plus tard.

17. Les termes « patiente d'origine rom » figurent dans le compte rendu de grossesse et d'accouchement de la requérante (rubrique « antécédents médicaux », sous-rubrique « situation sociale et emploi, en particulier durant la grossesse », du formulaire préimprimé conçu à cette fin).

18. Pendant son séjour dans le service de gynécologie et d'obstétrique de l'hôpital de Prešov, la requérante occupa une chambre où ne se trouvaient que des femmes d'origine rom. On lui interdit d'utiliser les mêmes sanitaires que les femmes d'origine non rom.

19. La requérante a connu de graves effets secondaires, tant médicaux que psychologiques, après sa stérilisation. Fin 2007 et début 2008, elle présenta tous les symptômes d'une grossesse nerveuse. Elle se croyait enceinte et montrait tous les signes de cet état. Toutefois, un examen par ultrasons révéla qu'elle ne l'était pas. Par la suite, en juillet 2008, elle fut traitée par un psychiatre à Sabinov. D'après la déclaration de ce dernier, la requérante continue à souffrir de sa stérilité.

20. La requérante a été mise à l'écart de la communauté rom. Son mari, le père de ses enfants, l'a quittée à plusieurs reprises à cause de sa stérilité. Elle et son mari divorcèrent en 2009. La requérante soutient que sa stérilité est l'une des raisons de leur séparation.

## **B. La position de l'hôpital de Prešov**

21. Dans une déclaration datée du 3 juillet 2008, le directeur de l'hôpital de Prešov indique que le premier accouchement de la requérante, en 1998, s'est effectué par césarienne car la taille de son bassin excluait un accouchement par voie basse. Avant l'accouchement, la requérante ne se serait rendue au centre prénatal que deux fois, au début de sa grossesse. Après l'accouchement, elle aurait été placée dans une chambre équipée de sanitaires où on lui aurait prodigué des soins. Le troisième jour, elle aurait quitté l'hôpital sans l'accord des médecins et serait revenue vingt-quatre heures plus tard, atteinte d'une infection due à une inflammation de l'utérus. Après neuf jours d'hospitalisation où elle aurait reçu un traitement intensif aux antibiotiques, la requérante aurait été autorisée à sortir de l'hôpital avec son enfant. On lui aurait conseillé de consulter régulièrement un gynécologue, mais elle ne l'aurait pas fait.

22. Pendant sa deuxième grossesse, la requérante se serait rendue au centre prénatal une fois seulement, au début de la grossesse. Au moment de l'accouchement, en raison des douleurs éprouvées par la requérante à la partie inférieure de l'utérus (où la première césarienne avait été pratiquée), et vu la

taille de son bassin, les médecins auraient estimé qu'il fallait pratiquer une nouvelle césarienne à cause d'un risque de rupture de l'utérus. Après qu'ils lui eurent expliqué la situation et les risques qu'entraînerait une éventuelle troisième grossesse, la requérante, qui aurait été parfaitement consciente de ce qui se passait, aurait signé la demande de stérilisation.

23. Dans une autre déclaration datée du 27 juillet 2009, le directeur de l'hôpital de Prešov nia avoir délibérément organisé la ségrégation des femmes roms ainsi que l'existence de «chambres pour Roms», précisant que, en pratique, les femmes roms étaient souvent placées ensemble dans les chambres à leur propre demande.

### **C. La procédure pénale**

24. Le 23 janvier 2003, en réponse à la parution d'un rapport du Centre des droits reproductifs et du Centre des droits civils et des droits de l'homme intitulé «Le corps et l'âme: stérilisation forcée et autres atteintes à la liberté reproductive des Roms en Slovaquie (le rapport «Le corps et l'âme»», le service des droits de l'homme et des minorités du Bureau du Gouvernement ouvrit une enquête pénale sur les allégations de stérilisation illégale de plusieurs femmes roms.

25. L'enquête fut menée au sein de la direction régionale de la police de Žilina par le bureau de la police judiciaire et criminelle. Plusieurs décisions furent prises par l'enquêteur, les procureurs de plusieurs niveaux et la Cour constitutionnelle. Il fut en fin de compte mis un terme à la procédure au motif qu'aucune infraction n'avait été commise dans le cadre de la stérilisation de femmes d'origine rom (on trouvera des informations supplémentaires dans *I.G. et autres c. Slovaquie* (déc.), n° 15966/04, 22 septembre 2009<sup>1</sup>).

26. La requérante n'a elle-même engagé aucune procédure pénale individuelle.

### **D. La procédure civile**

27. En janvier 2003, après la parution du rapport «Le corps et l'âme», la requérante apprit que la ligature des trompes n'était pas une intervention chirurgicale destinée à sauver la vie, comme le lui avait dit le personnel médical de l'hôpital de Prešov, et qu'il fallait pour pratiquer cette intervention obtenir le consentement éclairé de la patiente. C'est pourquoi elle chercha à voir son dossier médical, en vain. Elle fut autorisée à consulter son dossier

---

1. NdT: cette décision n'est disponible qu'en anglais.

avec son avocat en mai 2004, après avoir obtenu une ordonnance de justice à cette fin.

28. Le 9 septembre 2004, la requérante soumit une plainte au tribunal de district de Prešov au titre des articles 11 et suivants du code civil, pour demander la protection de ses droits personnels. Elle alléguait qu'elle avait été stérilisée au mépris de la législation slovaque et des normes du droit international des droits de l'homme, dont les articles 3, 8, 12 et 14 de la Convention. Elle faisait valoir qu'elle n'avait pas été dûment informée de la procédure elle-même, de ses conséquences et des autres solutions possibles. Elle réclamait des excuses et l'indemnisation du dommage moral qu'elle estimait avoir subi.

29. Au cours de la procédure, le tribunal de district examina les preuves documentaires et recueillit les déclarations de la requérante et de membres du personnel médical de l'hôpital de Prešov.

30. La requérante décrit en particulier les circonstances dans lesquelles elle avait accouché dans cet hôpital et la manière dont on lui avait demandé de signer le compte rendu. Elle déclara aussi que le père de ses enfants l'avait quittée pendant deux ans parce qu'elle ne pouvait plus avoir d'enfants et que leur relation avait connu des problèmes pour cette raison. Elle exposa en outre ses problèmes de santé.

31. Le docteur Č., de l'hôpital de Prešov, qui avait opéré la requérante, déclara qu'il ne se rappelait pas précisément la requérante ou les circonstances de son hospitalisation. Sa déclaration était fondée sur les informations figurant dans le dossier médical de l'intéressée. Il soutenait que celle-ci avait été pleinement informée de son état de santé et des progrès du travail environ quatre-vingt-dix minutes avant l'accouchement. La nécessité d'une stérilisation lui avait été annoncée par le chef du service de gynécologie et d'obstétrique ainsi que par le second médecin qui participait à l'intervention et par l'anesthésiste. La stérilisation avait été pratiquée à la demande de la requérante car il s'agissait d'une nécessité médicale. Une troisième grossesse aurait en effet été dangereuse pour la requérante, sauf si elle était surveillée régulièrement pendant sa grossesse. Le docteur Č. déclara que la stérilisation de la requérante n'avait pas été effectuée afin de lui sauver la vie.

32. Le docteur K., chef du service de gynécologie et d'obstétrique de l'hôpital de Prešov, déclara approuver totalement le témoignage du docteur Č. Le docteur K. ne se souvenait pas non plus précisément de la requérante. Il supposait que son cas était comparable aux autres du même genre. Il n'était pas présent lors de l'accouchement et de la stérilisation de



la requérante mais avait été informé de son cas par les autres médecins. Il décrit la procédure de stérilisation telle que régie par la loi en vigueur. Dans le cas de la requérante, on n'avait pas eu le temps de réunir une commission car elle s'était présentée à l'hôpital très peu de temps avant d'accoucher.

33. Le docteur K. déclara également que, après qu'il eut désigné ses collègues Š. et Č. pour pratiquer l'intervention, il leur avait aussi demandé de voir si la patiente accepterait la stérilisation et de la faire signer en cas d'accord. Il précisa que, si une patiente refusait de donner son accord par écrit, la stérilisation pouvait quand même être pratiquée au titre de l'article 2 du règlement de 1972 sur la stérilisation, qui permettait d'agir ainsi en cas de danger pour la vie de la personne.

34. Au cours de la procédure civile, la requérante fournit aussi le rapport d'un psychologue sur ses capacités mentales daté du 17 février 2006. Ce rapport indiquait qu'elle avait de très faibles capacités intellectuelles qui confinaient à un retard mental, mais qu'elle avait de bonnes capacités de raisonnement à propos de questions pratiques. Le psychologue concluait que, lorsqu'on communiquait avec la requérante, il fallait adapter le discours à ses capacités mentales et linguistiques. La requérante n'était atteinte d'aucune maladie mentale l'empêchant de prendre des décisions concernant sa vie et d'assumer ses responsabilités dans les domaines touchant à la conduite de sa vie.

35. Le 28 février 2006, le tribunal de district de Prešov débouta la requérante, considérant que l'intervention n'avait été pratiquée qu'après que le personnel médical eut obtenu la signature de l'intéressée. Il reconnut que cette signature, apposée sur le compte rendu de l'accouchement, n'avait été recueillie que quelques moments avant que la césarienne ne soit pratiquée, alors que la requérante était allongée sur le dos. Il considéra que l'intervention avait été effectuée pour des raisons médicales et était nécessaire vu le mauvais état médical de la patiente et que le personnel médical avait agi dans le respect de la loi.

36. L'absence d'accord préalable d'une commission de stérilisation ne constituait selon lui qu'un manquement aux exigences formelles et n'avait en rien porté atteinte à l'intégrité personnelle de la requérante protégée par les articles 11 et suivants du code civil. Le tribunal jugea qu'aucune violation dans le chef de la requérante des droits protégés par la Convention n'était établie.

37. Enfin, le tribunal de district estima que la situation de la requérante n'était pas irréversible puisqu'elle pouvait recourir à la fécondation *in vitro*.

38. Le 12 mai 2006, la requérante interjeta appel. Elle soutenait avoir été stérilisée sans qu'elle ait donné son consentement plein et éclairé et

alors qu'elle n'était pas en mesure de comprendre totalement la nature et les conséquences de l'intervention en question. Les déclarations du personnel médical contenaient des lacunes et des incohérences et il n'était pas indiqué dans son dossier médical qu'elle avait été dûment informée de la procédure, de son caractère irréversible et des autres solutions possibles. Contrairement à ce qu'exigeait la législation en vigueur, la stérilisation n'avait pas été approuvée par une commission. De plus, une ligature des trompes ne pouvait passer pour une intervention destinée à sauver la vie. La requérante s'appuyait sur des documents émis par des organisations médicales internationales.

39. Le 25 octobre 2006, le tribunal régional de Prešov confirma le jugement de première instance. Il conclut que la stérilisation de la requérante, rendue nécessaire par l'état de santé de celle-ci, avait été effectuée conformément à la législation en vigueur.

40. Renvoyant aux déclarations des médecins, le tribunal régional considéra que la requérante présentait un risque de rupture de l'utérus. Il constata que l'intéressée avait demandé sa stérilisation après avoir été dûment informée de son état de santé et que l'intervention avait respecté les dispositions pertinentes du règlement de 1972 sur la stérilisation. Il observa que la décision de savoir si la stérilisation était ou non nécessaire relevait dans ce genre de circonstances du chef de service, et que l'accord préalable d'une commission n'était exigé que si la stérilisation devait être pratiquée sur des organes reproductifs sains, ce qui n'était pas le cas chez la requérante.

### **E. La procédure constitutionnelle**

41. Le 17 janvier 2007, la requérante forma un recours constitutionnel. Renvoyant à sa stérilisation et aux conclusions rendues par les juridictions inférieures dans la procédure civile précitée, elle soutenait qu'elle avait subi une stérilisation à l'hôpital de Prešov sans avoir donné son consentement éclairé et qu'elle n'avait pu obtenir réparation en raison de l'attitude et de la décision adoptées par le tribunal régional de Prešov. Selon elle, cette décision avait ainsi violé ses droits et libertés garantis par la Constitution – laquelle interdit la discrimination et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants –, son droit à être protégée d'une ingérence injustifiée dans sa vie privée et familiale et son droit à la protection de sa famille, ainsi que ses droits protégés par les articles 3, 8, 12, 13 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 5 de la Convention sur les droits de l'homme

et la biomédecine. La requérante priait la Cour constitutionnelle d'annuler l'arrêt du tribunal régional.

42. Le 14 février 2008, la Cour constitutionnelle rejeta le recours pour défaut manifeste de fondement (pour plus de détails, voir la décision sur la recevabilité de la présente requête, adoptée le 16 juin 2009<sup>1</sup>).

## **F. Descriptions des pratiques de stérilisation en Slovaquie**

### *1. Informations soumises par la requérante*

43. La requérante mentionne plusieurs publications faisant état d'une pratique de stérilisation forcée des femmes roms remontant au début des années 1970, sous le régime communiste au pouvoir en Tchécoslovaquie, pratique dont elle pense qu'elle est à l'origine de sa propre stérilisation.

44. Elle soutient en particulier que le règlement de 1972 sur la stérilisation émis par le ministère de la Santé a été utilisé pour inciter à la stérilisation des femmes roms. D'après un document rédigé en 1979 par la Charte 77, un groupe dissident tchécoslovaque, un programme avait été lancé en Tchécoslovaquie pour offrir des incitations financières aux femmes roms afin de les pousser à se faire stériliser au vu des efforts précédemment menés en vain par les autorités pour « contrôler la population rom, en très mauvaise santé, par le biais du planning familial et de la contraception ».

45. La requérante indique en outre que, dans le district de Prešov, 60 % des stérilisations pratiquées de 1986 à 1987 l'avaient été sur des femmes roms, lesquelles ne formaient que 7 % de la population de ce district. Une autre étude concluait qu'en 1983, 26 % environ des femmes stérilisées dans l'est de la Slovaquie (région où habite la requérante) étaient des Roms et que, en 1987, ce chiffre était monté à 36,6 %.

46. Dans un rapport de 1992, Human Rights Watch notait que de nombreuses femmes roms n'avaient pas véritablement connaissance du caractère irréversible de cette intervention et étaient contraintes de la subir en raison de leurs difficultés économiques ou de pressions des autorités.

47. Selon d'autres rapports, des infirmières travaillant dans des centres d'accueil de réfugiés en Finlande avaient informé en 1999 des enquêteurs d'Amnesty International qu'elles avaient observé des taux inhabituellement élevés d'interventions gynécologiques telles que stérilisation ou ablation des ovaires chez les femmes roms demandant l'asile originaires de l'est de la

---

1. NdT: cette décision n'est disponible qu'en anglais.

Slovaquie. Dans tous ces rapports, l'hôpital de Prešov était cité comme l'un des établissements où avaient lieu de telles pratiques de stérilisation<sup>1</sup>.

## 2. Informations soumises par le gouvernement défendeur

48. Le Gouvernement soutient que les soins médicaux sont fournis en Slovaquie à toutes les femmes sans distinction. On ne recueille en général pas de statistiques sur l'origine ethnique des patients car cela est considéré comme contraire aux droits de l'homme.

49. Après la publication du rapport « Le corps et l'âme », le ministère de la Santé a créé un groupe d'experts en vue d'enquêter sur les stérilisations illégales et la ségrégation censées frapper les femmes roms.

50. Le rapport du 28 mai 2003 soumis par le ministère à la commission parlementaire sur les droits de l'homme, les nationalités et le statut des femmes indiquait que les dossiers médicaux des 3 500 femmes stérilisées et des 18 000 femmes ayant accouché par césarienne au cours des dix années précédentes avaient été examinés.

51. Le taux de stérilisation des femmes en Slovaquie ne serait que de 0,1 % des femmes en âge de procréer. Dans les pays européens, ce taux serait compris entre 20 et 40 %. Le bas niveau du taux en Slovaquie serait principalement dû au fait que la stérilisation n'était pas couramment répandue comme méthode de contraception.

52. En l'absence de statistiques officielles concernant l'origine ethnique des habitants, le groupe d'experts n'a pu évaluer la situation des femmes

1. La requérante s'appuie sur les documents suivants :

- Commission des Communautés européennes, Rapport régulier 2002 sur les progrès réalisés par la Slovaquie sur la voie de l'adhésion, 2002, p. 31.
- European Roma Rights Centre, *“Stigmata: Segregated Schooling of Roma in Central and Eastern Europe, a survey of patterns of segregated education of Roma in Bulgaria, the Czech Republic, Hungary, Romania and Slovakia”*, 2004, [www.errc.org](http://www.errc.org).
- Amnesty International, Rapport d'Amnesty International 2003, chapitre sur la Slovaquie.
- European Roma Rights Centre, *“Discrimination in the Slovak Judicial System”*, Roma Rights 1/2002, pp. 106-108.
- Bureau de la démocratie, des droits de l'homme et du travail, Département d'Etat américain, *“Human Rights Practices: Slovak Republic 2001”*, 2002, paragraphe 5.
- Open Society Institute, *“Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection in Slovakia”*, 2001.
- R. Tritt, J. Laber et L. Whitman, *“Struggling for Ethnic Identity: Czechoslovakia's Endangered Gypsies”*, Human Rights Watch, New York, août 1992, pp. 19, 22 et 139-144.
- David M. Crow, *“History of the Gypsies of Eastern Europe and Russia”*, St. Martin's Griffin, New York, 1995, p. 60.
- Ruben Pellar et Zbyněk Andrš, *“Statistical Evaluation of the Cases of Sexual Sterilisation of Romani Women in East Slovakia”*, annexe au rapport sur l'examen de la stérilisation problématique des Roms en Tchécoslovaquie, 1990.
- D' Posluch et D' Posluchová, *“The Problems of Planned Parenthood among Gypsy Fellow-Citizens in the Eastern Slovakia Region”* in *Zdravotnícka pracovníčka* n° 39/1989, p. 220-223.

d'origine rom que de manière indirecte. Dans les régions où il a été possible d'évaluer indirectement la proportion de femmes d'origine rom, la fréquence des stérilisations et césariennes parmi la population rom serait nettement inférieure à celle du reste de la population. Dans les régions de Prešov et Košice, la fréquence des stérilisations serait supérieure, mais de manière infime, par rapport aux autres régions de Slovaquie.

53. Le groupe a conclu que dans les hôpitaux où ses membres ont enquêté, il n'y a eu aucun génocide ni aucune ségrégation de la population rom. Toutes les stérilisations auraient été effectuées pour raisons médicales. Certaines lacunes dans les soins et certains manquements à la réglementation sur la stérilisation (comme un non-respect de la procédure administrative) auraient été constatés dans plusieurs cas. Toutefois, cela toucherait toute la population de manière égale, indépendamment de l'origine ethnique des patients. Les hôpitaux où des erreurs administratives ont été découvertes auraient adopté des mesures en vue d'y remédier.

54. Il n'aurait existé dans aucun des hôpitaux visités par le groupe d'experts de chambres réservées aux femmes roms: toutes les patientes auraient été soignées dans les mêmes locaux. En raison de la situation qui prévalait lors des décennies précédentes, le personnel médical et les individus ne seraient pas sur un pied d'égalité s'agissant de la responsabilité du maintien et de l'amélioration de l'état de santé des individus. Cela se refléterait en particulier dans le caractère limité des droits et responsabilités individuels en matière de soins de santé. Des mesures auraient été recommandées pour veiller à ce que les personnes reçoivent les informations nécessaires pour leur permettre de donner leur consentement éclairé à un traitement ou de le refuser. Les demandes individuelles d'intervention médicale devaient être présentées de manière valable juridiquement afin que les personnes concernées puissent exprimer librement leur volonté après avoir reçu les informations adéquates.

55. Parmi les mesures recommandées dans le rapport figurait l'amendement des règles juridiques sur la stérilisation en vue d'assurer le respect notamment de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, ratifiée par la Slovaquie. Le rapport contenait également une série de recommandations en matière d'éducation du personnel médical mettant l'accent sur les «différences culturelles dans les régions présentant une grande concentration de communautés roms». Afin d'éduquer la population rom dans le domaine de la santé, l'université slovaque de la santé de Bratislava devait créer, en coopération avec le ministère de la Santé,

un réseau d'assistants de santé censés recevoir une formation spéciale et travailler dans les campements roms.

56. A l'audience, le Gouvernement a indiqué que les femmes alléguant avoir été victimes de fautes médicales en matière de stérilisation avaient la possibilité de demander réparation devant les juridictions civiles. D'après les informations à la disposition du Gouvernement, cinq procédures de ce type étaient pendantes devant les tribunaux slovaques et six autres procédures s'étaient conclues par une décision définitive. Dans trois d'entre elles, les demandresses avaient selon lui obtenu gain de cause.

## II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

### A. Le code civil

57. En vertu de l'article 11 du code civil, toute personne physique a droit à la protection de ses droits de la personne (intégrité personnelle), en particulier de sa vie et de sa santé, de sa dignité civile et humaine, de sa vie privée, de son nom et de ses caractéristiques personnelles.

58. Au titre de l'article 13 § 1, les personnes physiques ont le droit de demander qu'il soit mis fin à des atteintes injustifiées à leurs droits personnels et que les conséquences de telles atteintes soient effacées. Elles ont aussi le droit à une réparation adéquate.

59. L'article 13 § 2 dispose que, lorsque la réparation obtenue au titre de l'article 13 § 1 est insuffisante, en particulier lorsque la dignité ou la position sociale de la partie lésée a été touchée de manière importante, celle-ci a aussi droit à percevoir une indemnisation du dommage moral.

### B. Le règlement de 1972 sur la stérilisation

60. Le règlement n° Z-4 582/1972-B/1 du ministère de la Santé de la République socialiste slovaque, publié au journal officiel n° 8-9/1972 dudit ministère (« le règlement de 1972 sur la stérilisation »), en vigueur au moment des faits, contenait des directives régissant la stérilisation dans le cadre médical.

61. L'article 2 de ce règlement permettait la stérilisation dans un établissement médical, soit à la demande de la personne concernée soit avec le consentement de celle-ci, notamment lorsqu'une telle intervention était nécessaire d'après les règles de la médecine pour le traitement d'organes reproductifs malades (article 2 a)), ou lorsque la grossesse ou l'accouchement mettaient sérieusement en danger la vie ou la santé d'une femme dont les organes reproductifs n'étaient pas malades (article 2 b)).

62. L'article 5 § 1 a) autorisait le chef du service hospitalier où une personne était soignée à décider si la stérilisation de cette personne était nécessaire au sens de l'article 2 a). Dans tous les autres cas, la stérilisation devait être approuvée au préalable par une commission médicale.

63. Au point XIV de son annexe, le règlement de 1972 sur la stérilisation mentionnait les motifs obstétricaux ou gynécologiques justifiant la stérilisation :

a) pendant et après une césarienne répétée, lorsque ce mode d'accouchement a été rendu nécessaire pour des raisons susceptibles selon toute probabilité de se reproduire lors des futures grossesses et lorsque la femme concernée ne souhaite pas subir une nouvelle césarienne ;

b) en cas de complications répétées survenues lors de la grossesse, de l'accouchement ou des six semaines suivantes, lorsqu'une autre grossesse risque de mettre sérieusement en danger la vie ou la santé de la mère ;

c) lorsqu'une femme a plusieurs enfants (quatre pour les femmes de moins de 35 ans et trois pour celles de plus de 35 ans).

64. Ce règlement a été abrogé par la loi de 2004 sur la santé à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 (paragraphe 68 et suivants ci-dessous).

### **C. La loi de 1994 sur la santé**

65. A l'époque des faits, les dispositions suivantes de la loi n° 277/1994 sur la santé (*Zákon o zdravotnej starostlivosti* – « la loi de 1994 sur la santé ») étaient en vigueur.

66. Conformément à l'article 13 § 1, le traitement médical était subordonné au consentement du patient. Le consentement d'un patient à une intervention particulièrement grave ou de nature à affecter de manière importante l'avenir de la personne devait être donné par écrit ou de toute autre manière démontrable (article 13 § 2).

67. En vertu de l'article 15 § 1, le médecin était obligé d'informer le patient, de manière appropriée et démontrable, de la nature de la maladie et des interventions médicales rendues nécessaires, de façon que médecin et patient collaborent activement au traitement du patient. La quantité d'informations qu'il convenait de fournir au patient était déterminée par le médecin en fonction des circonstances. Ces informations devaient être communiquées dans le respect du patient et ne devaient pas influencer sur le traitement.

### **D. La loi de 2004 sur la santé**

68. La loi n° 576/2004 sur les soins de santé et les services de santé et sur l'amendement de certaines lois (*Zákon o zdravotnej starostlivosti, službách*

*súvisiacich s poskytovaním zdravotnej starostlivosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov* – «la loi de 2004 sur la santé») est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2004 et a pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

69. L'article 6 régit la communication d'informations aux patients et l'octroi par eux de leur consentement éclairé. Conformément à l'alinéa 1 de cet article, les médecins sont tenus, sauf si la loi dispose autrement, d'informer les personnes citées ci-après du but, de la nature, des conséquences et des risques du traitement, des possibilités de choix quant aux actes proposés et des risques liés à un refus du traitement. Cette obligation d'information vaut pour la personne à traiter ou pour toute autre personne choisie par elle, ou pour le représentant légal ou le tuteur lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'une personne incapable ou à capacité légale réduite et, de la manière qu'il convient, aussi pour les personnes incapables de donner leur consentement éclairé.

70. L'article 6 § 2 oblige les médecins à fournir les informations de manière complète, avec respect et sans pression pour que le patient ait le temps de donner ou refuser librement son consentement éclairé, et de façon adaptée à la maturité intellectuelle et à l'état de santé de la personne concernée.

71. Conformément à l'article 6 § 3, toute personne qui a droit à recevoir de telles informations peut aussi les refuser. Pareil refus doit être consigné par écrit.

72. L'article 6 § 4 définit le consentement éclairé comme un consentement démontrable à un traitement, consécutif à la fourniture d'informations selon les modalités indiquées ailleurs dans la loi. Le consentement éclairé doit être donné par écrit notamment en cas de stérilisation. Toute personne ayant le droit de donner son consentement éclairé a également celui de le retirer librement à tout moment.

73. L'article 40 est ainsi libellé :

### **Stérilisation**

« 1) Aux fins de la présente loi, la stérilisation est définie comme la prévention de la fécondation sans ablation ou altération des organes reproductifs.

2) La stérilisation ne peut être pratiquée que sur la base d'une demande écrite et d'un consentement éclairé donné par écrit après que des informations ont été communiquées à une personne légalement capable ou au représentant légal d'une personne incapable de donner son consentement éclairé, ou sur la base d'une décision de justice délivrée à la demande du représentant légal.

3) Les informations à fournir avant qu'une personne ne donne son consentement éclairé doivent l'être selon les modalités indiquées à l'article 6 § 2 et porter sur :



- a) les autres méthodes de contraception et de planification des naissances;
- b) les éventuels changements aux conditions de vie qui ont conduit à la demande de stérilisation;
- c) les conséquences médicales de la stérilisation en tant que méthode visant à empêcher la fécondation de manière irréversible;
- d) la possibilité d'un échec de la stérilisation.

4) La demande de stérilisation doit être soumise à un fournisseur [de soins de santé] qui procède à ce type d'intervention. Les demandes de stérilisation féminine sont examinées et la stérilisation est effectuée par un gynécologue-obstétricien; les demandes de stérilisation masculine sont examinées et la stérilisation est pratiquée par un urologue.

5) La stérilisation ne peut être effectuée moins de trente jours après que le consentement éclairé a été donné.»

74. L'article 50 annule le règlement de 1972 sur la stérilisation.

75. L'article IV de la loi de 2004 crée l'infraction de «stérilisation illégale», qui figure à l'article 246b du code pénal. Le paragraphe 1 de cet article dispose que toute personne qui pratique une stérilisation au mépris de la loi est punie d'une peine d'emprisonnement de trois à huit ans, d'une interdiction d'exercer ou d'une amende. La durée de la peine d'emprisonnement va de cinq à douze ans en cas de circonstances aggravantes (paragraphe 2 de l'article 246b).

(...)

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

87. La requérante se plaint qu'elle a été soumise à des traitements inhumains et dégradants du fait de sa stérilisation et que les autorités n'ont pas mené une enquête complète, équitable et effective sur les circonstances dans lesquelles cette intervention a été pratiquée. Elle invoque l'article 3 de la Convention, aux termes duquel

« [n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

## A. Sur l'allégation de mauvais traitements envers la requérante

### 1. Arguments des parties

#### a) La requérante

88. La requérante soutient qu'elle n'a pas consenti de manière libre, complète et éclairée à sa stérilisation, contrairement à ce qu'exigent les normes internationales. L'intervention n'aurait pas non plus respecté le règlement de 1972 sur la stérilisation, qui était en vigueur à l'époque. Elle aurait apposé sa signature sur le formulaire de stérilisation alors qu'elle se trouvait à un stade avancé du travail et peu avant l'accouchement proprement dit. Dans ces conditions, il se serait agi d'une stérilisation forcée.

89. La requérante considère que, dans son cas, la stérilisation n'était pas destinée à lui sauver la vie et qu'elle a été pratiquée sans tenir compte d'autres méthodes également aptes à la protéger des risques mentionnés liés à une nouvelle grossesse, comme les divers moyens de contraception à sa disposition et à celle de son mari, qui n'auraient pas entraîné sa stérilité définitive.

90. A son avis, cette intervention doit être considérée dans le contexte d'une pratique répandue de stérilisation des femmes roms ayant pris naissance sous le régime communiste et découlant d'une hostilité durable envers les Roms.

91. La nature de l'intervention elle-même et les circonstances dans lesquelles elle a été pratiquée constituent selon elle un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention.

#### b) Le Gouvernement

92. Le Gouvernement nie l'existence d'une politique ou pratique visant à stériliser les femmes d'origine rom. Il s'appuie notamment sur les documents du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ainsi que sur la procédure pénale engagée par le Bureau du Gouvernement et l'enquête menée par un groupe d'experts nationaux.

93. Il faudrait examiner la stérilisation de la requérante dans un cadre plus large, en tenant dûment compte de sa santé et de son manquement à solliciter les soins médicaux appropriés pendant sa grossesse. La deuxième césarienne de la requérante aurait été jugée nécessaire sur le plan médical. Les médecins de garde auraient diagnostiqué un risque de rupture de l'utérus en cas de nouvelle grossesse de nature à entraîner un risque réel pour la vie de la requérante et/ou celle de son bébé. Après consultation du chef de service, la stérilisation aurait été jugée indiquée pour protéger la santé de la requérante.

94. La requérante aurait été informée par oral de la situation et des indications médicales de cette intervention en termes compréhensibles. Elle aurait confirmé avec sa signature qu'elle demandait la stérilisation. A ce moment-là, elle n'aurait pas été sous l'influence de médicaments.

95. Renvoyant aux conclusions des juridictions civiles, le Gouvernement fait valoir en outre que la stérilisation a été pratiquée dans le respect de la loi en vigueur et n'a pas constitué une faute médicale. La requérante n'aurait donc pas été soumise à un traitement interdit par l'article 3 de la Convention.

**c) La Fédération internationale de gynécologie et d'obstétrique (FIGO)**

96. La FIGO a pour but de promouvoir la santé et le bien-être des femmes dans le monde et d'améliorer la pratique en matière de gynécologie et d'obstétrique. Elle se compose de sociétés et fédérations d'obstétriciens et de gynécologues de cent vingt-quatre pays et territoires.

97. Dans sa tierce intervention soumise par l'intermédiaire de H. Rushwan, son directeur général, la FIGO se déclare favorable, dans le droit fil des instruments internationaux pertinents, à ce que les patients intellectuellement capables de prendre des décisions concernant leur vie reproductive donnent leur consentement libre et éclairé avant leur traitement, car cela est fondamental pour qu'ils soient traités dans le respect de l'éthique. Elle considère que les conséquences du traitement proposé doivent être clairement exposées à la satisfaction des patients avant qu'il soit pratiqué, surtout lorsque ce traitement a des effets permanents sur la possibilité d'avoir des enfants et de fonder une famille.

98. Les patients devraient être en mesure de procéder à un choix éclairé avant de donner leur consentement éclairé à une stérilisation chirurgicale. Il faudrait dûment envisager les solutions de rechange reconnues, notamment les formes réversibles de planning familial, qui pourraient être tout aussi efficaces. Le médecin procédant à la stérilisation aurait la responsabilité de veiller à ce que la personne soit correctement informée des risques et avantages de cette intervention et des autres solutions possibles.

99. Il faudrait tendre à préserver la fertilité de toute personne. La pratique d'une césarienne, lorsque cela est nécessaire, ne devrait pas constituer en soi un motif de conclure qu'une stérilisation est indiquée pour empêcher la patiente de décider une nouvelle grossesse. Toute proposition de ce genre devrait donner à la patiente suffisamment de temps pour y réfléchir et en parler, et il ne faudrait pas profiter d'une césarienne pour pratiquer une stérilisation.

## 2. *Appréciation de la Cour*

### a) **Principes généraux**

100. La Cour réaffirme que l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les circonstances et le comportement de la victime (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV).

101. Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. Il y a lieu de prendre en compte le but du traitement infligé et, en particulier, de considérer s'il y a eu volonté d'humilier ou d'abaisser l'individu, mais l'absence d'une telle intention ne saurait forcément conduire à un constat de non-violation de l'article 3 (*Peers c. Grèce*, n° 28524/95, §§ 68 et 74, CEDH 2001-III, et *Grori c. Albanie*, n° 25336/04, § 125, 7 juillet 2009, et autres références citées).

102. Le traitement infligé à une personne par des agents de l'Etat est considéré comme soulevant une question sous l'angle de l'article 3 lorsqu'il conduit à un dommage corporel d'une certaine gravité, par exemple une blessure à la jambe conduisant à une nécrose puis à l'amputation, une blessure par balle au genou, une double fracture de la mâchoire et des contusions au visage ou une blessure au visage – avec trois dents cassées – nécessitant des points de suture (*Sambor c. Pologne*, n° 15579/05, § 36, 1<sup>er</sup> février 2011, *Necdet Bulut c. Turquie*, n° 77092/01, § 24, 20 novembre 2007, *Rehbock c. Slovénie*, n° 29462/95, §§ 76-77, CEDH 2000-XII, et *Mrozowski c. Pologne*, n° 9258/04, § 28, 12 mai 2009). La Cour a également considéré que le traitement subi par une personne était susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3 lorsqu'il était de nature à conduire la victime à agir contre sa volonté ou sa conscience (voir, par exemple, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 110, CEDH 2001-III).

103. Dans plusieurs affaires, la Cour a examiné des plaintes portant sur des mauvais traitements infligés dans le cadre d'interventions médicales auxquelles des détenus avaient été soumis contre leur volonté. Elle a notamment dit qu'une mesure dictée par une nécessité thérapeutique du point de vue des conceptions médicales établies ne saurait en principe passer pour inhumaine ou dégradante. Elle a estimé qu'il lui incombait pourtant de s'assurer que la nécessité médicale avait été démontrée de manière

convaincante et que les garanties procédurales dont doit s'entourer la décision existaient et avaient été respectées (on trouvera un récapitulatif de la jurisprudence pertinente dans l'arrêt *Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, § 69, CEDH 2006-IX, et autres références citées).

104. Pour être qualifiées d'«inhumaines» ou de «dégradantes», la souffrance ou l'humiliation doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement légitime (*Labita*, précité, § 120).

105. Enfin, la Cour réaffirme que la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Elle a dit que, dans le domaine de l'assistance médicale, même lorsque le refus d'accepter un traitement particulier risque d'entraîner une issue fatale, l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte au droit à l'intégrité physique de l'intéressé (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, §§ 63 et 65, CEDH 2002-III, *Glass c. Royaume-Uni*, n° 61827/00, §§ 82-83, CEDH 2004-II, et *Les témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, n° 302/02, § 135, 10 juin 2010).

#### **b) Appréciation des faits de la cause**

106. La Cour observe que la stérilisation constitue une atteinte majeure à la capacité d'une personne à procréer. Comme cette intervention concerne l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale. Elle peut être pratiquée de manière légitime à la demande de la personne concernée, par exemple comme mode de contraception, ou à des fins thérapeutiques lorsque l'existence d'une nécessité médicale est établie de façon convaincante.

107. Toutefois, dans le droit fil de la jurisprudence rappelée ci-dessus, la Cour précise que la situation est différente lorsque pareil traitement médical est imposé à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement. Une telle manière de procéder doit être considérée comme incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention.

108. De même, il ressort clairement des textes normatifs généralement reconnus tels que la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine, qui était en vigueur à l'égard de la Slovaquie à l'époque des faits, la Déclaration de l'Organisation mondiale de la santé sur la promotion des droits des patients en Europe ou la Recommandation générale 24 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) (...), que les actes médicaux, au nombre desquels

on compte la stérilisation, ne peuvent être pratiqués qu'à condition que la personne concernée ait préalablement donné son consentement éclairé. La FIGO a également souscrit à cette approche (paragraphe 97-98 ci-dessus). La seule exception concerne les situations d'urgence où le traitement médical ne peut être retardé et où le consentement ne peut être obtenu.

109. En l'espèce, la requérante a été stérilisée dans un hôpital public immédiatement après avoir donné naissance à son deuxième enfant par césarienne. Les médecins ont estimé que cette intervention était nécessaire car une troisième grossesse risquait d'entraîner des risques importants pour sa vie et celle de son enfant, et ce parce qu'il y avait un risque de rupture de l'utérus.

110. Il n'appartient pas à la Cour de contrôler l'appréciation faite par les médecins de l'état des organes reproductifs de la requérante. Toutefois, il importe de noter que la stérilisation n'est pas généralement considérée comme une intervention chirurgicale de nature à sauver la vie de la patiente. Rien n'indique qu'il en allait en l'occurrence autrement ; l'un des médecins ayant pris part à la procédure interne l'a d'ailleurs confirmé (paragraphe 31 ci-dessus). En l'absence d'urgence due à un risque imminent de dommage irréparable pour la vie ou la santé de la requérante, et sachant que celle-ci était une patiente adulte saine d'esprit, il était indispensable d'obtenir son consentement éclairé avant l'intervention, même en supposant que cette dernière correspondait à une « nécessité » médicale.

111. Les documents disponibles indiquent qu'on a demandé à la requérante de donner son consentement par écrit deux heures et demie après son admission à l'hôpital, alors qu'elle était en travail et couchée sur le dos. L'entrée correspondante dans le compte rendu d'accouchement était tapée à la machine et indiquait simplement : « La patiente demande la stérilisation. »

112. Pour la Cour, pareille manière de procéder est incompatible avec le principe de respect de la dignité et de la liberté de l'homme consacré par la Convention et avec l'exigence selon laquelle le patient doit donner son consentement éclairé, énoncée dans les documents internationaux cités plus haut. En particulier, il ne ressort pas des documents fournis que la requérante était totalement informée de son état de santé, de l'intervention proposée et des autres solutions possibles. En outre, lui demander de consentir à pareille intervention chirurgicale alors qu'elle était en travail et près de subir une césarienne ne lui permettait à l'évidence pas de prendre une décision en pleine connaissance de cause, après avoir pensé à tous les aspects de la question et, comme elle aurait pu souhaiter le faire, après avoir réfléchi aux conséquences et parlé avec son compagnon.

113. Dans ces conditions, les arguments du Gouvernement relatifs au déroulement des grossesses de la requérante et au fait qu'elle ne se soit pas

rendue régulièrement à des consultations ne sont nullement décisifs. D'après le Gouvernement, la stérilisation de la requérante visait à prévenir le risque que sa santé ne se dégrade au point de mettre sa vie en danger. Or ce risque n'était pas imminent puisqu'il n'était susceptible de se matérialiser qu'en cas de nouvelle grossesse. Il aurait aussi été possible d'y parer au moyen d'autres méthodes moins intrusives. Dès lors, il n'était pas possible de se passer du consentement éclairé de la requérante en supposant, comme le personnel de l'hôpital l'a fait, qu'elle se comporterait à l'avenir de manière irresponsable pour ce qui est de sa santé.

114. Le personnel hospitalier a agi de manière paternaliste puisqu'il n'a en pratique pas donné à la requérante d'autre possibilité que d'accepter l'intervention que les médecins jugeaient appropriée dans sa situation. Or, en pareil cas, il est nécessaire que le patient donne son consentement éclairé afin qu'il puisse faire des choix d'ordre moral en toute autonomie.

115. Le principe de l'autonomie des patients dans leurs relations avec les professionnels de santé est étudié sous tous ses aspects dans le rapport explicatif à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. Le respect du droit des femmes à l'autonomie et au choix en matière de santé est posé au point 31 e) de la Recommandation générale 24 adoptée en 1999 par le CEDAW. La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, qui est postérieure aux faits de la cause, confirme les considérations précédentes. En particulier, son article 5 appelle au respect de l'autonomie des personnes s'agissant de prendre des décisions et d'assumer la responsabilité de leurs décisions. Le rapport d'experts du ministère de la Santé daté du 28 mai 2003 a reconnu que le droit et la pratique internes présentaient des lacunes à cet égard, déclarant que le personnel médical et les patients n'étaient pas placés sur un pied d'égalité et que les droits et responsabilités des individus en matière de santé étaient limités. Dans ces conditions, la stérilisation de la requérante doit aussi être examinée sous l'angle du principe de respect de la dignité et de l'intégrité de la personne consacré par l'article 1 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, qui a été ratifiée par la Slovaquie avec effet au 1<sup>er</sup> décembre 1999 et a paru au recueil des lois le 10 février 2000.

116. La Cour constate que la stérilisation pratiquée a constitué une grave atteinte à l'intégrité physique de la requérante car celle-ci a ainsi été privée de sa fonction de reproduction. A l'époque où elle a été stérilisée, la requérante était âgée de vingt ans et se trouvait donc au début de sa vie reproductive.

117. Cette intervention ne répondait pas à une nécessité imminente du point de vue médical. De plus, la requérante n'y a pas consenti de manière éclairée. Au contraire, on lui a demandé de signer au-dessous de la mention

« la patiente demande la stérilisation » alors qu'elle était couchée sur le dos et souffrait puisqu'elle était en travail depuis plusieurs heures. Elle a été incitée à signer le document après que les médecins lui eurent dit qu'elle-même ou son bébé mourrait si elle tombait de nouveau enceinte.

118. Ainsi, la stérilisation, y compris la manière dont on a demandé à la requérante d'y consentir, était susceptible de faire naître chez elle des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité et d'entraîner des souffrances durables. A ce dernier égard en particulier, il faut noter que la requérante a connu des difficultés avec son compagnon, devenu ensuite son mari, à cause de sa stérilité. L'intéressée indique que sa stérilité est l'une des causes de son divorce intervenu en 2009. Elle a connu de graves effets secondaires tant médicaux que psychologiques, dont une grossesse nerveuse, et a dû être traitée par un psychiatre. Elle a été mise à l'écart de la communauté rom à cause de son impossibilité d'avoir d'autres enfants.

119. Même si rien n'indique que le personnel médical ait agi dans l'intention de maltraiter la requérante, il n'en reste pas moins qu'il a fait preuve d'un manque total de respect envers son droit à l'autonomie et au choix en tant que patiente. Dès lors, la Cour estime que le traitement qu'elle a subi, tel que décrit ci-dessus, atteint le niveau de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3.

120. Partant, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention à raison de la stérilisation de la requérante.

## **B. Sur le manquement allégué à mener une enquête effective**

### *1. Thèses des parties*

#### **a) La requérante**

121. La requérante soutient que l'Etat défendeur n'a pas respecté l'obligation qui lui incombait au titre du volet procédural de l'article 3 de mener une enquête effective sur sa stérilisation. Elle estime que les autorités auraient dû ouvrir une enquête pénale après avoir été informées de l'ingérence commise. A son avis, l'enquête générale menée sur la stérilisation des femmes roms lancée par le Gouvernement ne peut pas être considérée comme effective dans son cas personnel. Par ailleurs, l'enquête civile ouverte à son initiative n'aurait pas respecté les exigences de l'article 3. La requérante aurait en particulier été placée dans une situation difficile du fait que les tribunaux étaient tenus d'examiner l'affaire seulement à la lumière des observations des parties et que la charge de la preuve reposait sur celles-ci. Cette procédure n'aurait pas permis d'identifier et de punir les responsables.



**b) Le Gouvernement**

122. Le Gouvernement désapprouve les arguments de la requérante. Pour lui, il n'y a pas eu violation du volet procédural de l'article 3 étant donné que la pratique alléguée de stérilisation forcée des femmes roms a été examinée de manière approfondie dans le cadre de la procédure pénale engagée par le Bureau du Gouvernement et un groupe d'experts mis en place par le ministère de la Santé. Quant aux éventuelles obligations incombant à l'Etat à l'égard de la requérante en particulier, il s'en serait acquitté dans le cadre de la procédure civile qu'elle avait intentée.

*2. Appréciation de la Cour***a) Principes généraux**

123. Les articles 1 et 3 de la Convention font peser sur les Hautes Parties contractantes des obligations positives destinées à empêcher diverses formes de mauvais traitements et assurer une réparation. En particulier, tout comme dans les affaires soulevant des questions sous l'angle de l'article 2 de la Convention, il est obligatoire de mener une enquête officielle effective (voir, par exemple, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII, et *Biçici c. Turquie*, n° 30357/05, § 39, 27 mai 2010, et autres références citées).

124. En pareil cas, l'enquête doit être approfondie et rapide. Toutefois, ce n'est pas parce qu'une enquête donnée n'a pas abouti à des conclusions que cela signifie qu'elle n'a pas été effective; en effet, l'obligation d'enquête est « une obligation non de résultat, mais de moyens » (*Mikheïev c. Russie*, n° 77617/01, §§ 107-109, 26 janvier 2006, et autres références citées).

125. Dans les affaires soulevant des questions sous l'angle de l'article 2 de la Convention à propos d'allégations de faute médicale, la Cour a dit que si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité de la personne n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de l'article 2 de mettre en place un système judiciaire effectif n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux victimes un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de la décision (*Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, § 51, CEDH 2002-I, *Vö c. France* [GC], n° 53924/00,

§ 90, CEDH 2004-VIII, et *Byrzykowski c. Pologne*, n° 11562/05, § 105, 27 juin 2006).

**b) Appréciation des faits de la cause**

126. La Cour a conclu ci-dessus que la manière dont le personnel hospitalier avait agi prêtait le flanc à la critique étant donné que la requérante n'avait pas donné son consentement éclairé à sa stérilisation. Cela étant, les informations disponibles n'indiquent pas que les médecins ont agi de mauvaise foi dans l'intention de maltraiter la requérante (paragraphe 119 ci-dessus). A cet égard, la présente espèce se distingue des autres affaires où la Cour a dit que les autorités internes devaient engager une enquête pénale de leur propre initiative une fois la question portée à leur attention (voir, par exemple, *Mouradova c. Azerbaïdjan*, n° 22684/05, § 123, 2 avril 2009).

127. La requérante avait la possibilité de demander l'ouverture d'une enquête pénale sur son cas, mais elle ne s'en est pas prévalu. Elle a cherché à obtenir réparation au moyen d'une action au titre des articles 11 et suivants du code civil en vue de la protection de son intégrité personnelle. Dans le cadre de la procédure civile, elle a pu présenter ses arguments avec l'aide d'un avocat, indiquer les éléments de preuve qui lui paraissaient pertinents et appropriés et participer à une audience contradictoire portant sur le fond de l'affaire. Cette procédure a duré deux ans et un mois pour deux degrés de juridiction, la Cour constitutionnelle ayant par la suite statué sur le grief de la requérante d'atteinte à certains droits garantis par la Convention dans un délai de treize mois. Dès lors, la requérante a eu la possibilité de faire examiner par les autorités nationales les actions du personnel hospitalier qu'elle considérait comme illégales. Les tribunaux internes ont examiné son affaire dans un délai qui ne prête à aucune critique particulière.

128. Eu égard à ce qui précède, l'argument de la requérante selon lequel l'Etat défendeur n'a pas mené une enquête effective sur sa stérilisation, comme il en avait l'obligation au titre de l'article 3, n'est pas recevable.

129. Dès lors, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation du volet procédural de l'article 3 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

130. La requérante allègue qu'il y a eu violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale à raison de sa stérilisation effectuée sans qu'elle ait donné son consentement plein et éclairé. Elle invoque l'article 8 de la Convention, ainsi libellé dans ses passages pertinents :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)

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.»

## A. Thèses des parties

### 1. La requérante

131. La requérante soutient que l'ingérence dans son droit garanti par l'article 8 ne répondait pas aux exigences prévues au paragraphe 2 de cette disposition et que les autorités slovaques n'ont pas respecté l'obligation positive que l'article 8 mettait à leur charge car elles ne lui ont pas fourni d'informations sur la manière de protéger sa santé reproductive, à savoir des renseignements sur la nature et les conséquences de la stérilisation et sur les autres méthodes de contraception.

132. Les dispositions du règlement de 1972 sur la stérilisation n'auraient pas été respectées car elle n'aurait pas signé une véritable déclaration et l'intervention n'aurait pas été approuvée au préalable par une commission sur la stérilisation. Elle rappelle en outre que ce règlement ne prévoyait pas un cadre adéquat permettant aux patients de donner leur consentement libre et éclairé dans ce type de circonstances, comme l'exigent les instruments internationaux pertinents.

133. La stérilisation par ligature des trompes ne serait pas une intervention chirurgicale destinée à sauver la vie de la patiente. Dans le cas contraire, il n'aurait à son avis pas été nécessaire de lui demander de signer le compte rendu d'accouchement. Les circonstances dans lesquelles elle a signé ce document l'auraient empêchée de consentir pleinement et de manière éclairée à cette intervention, qui aurait porté gravement atteinte à sa vie privée et familiale.

134. La requérante considère que sa stérilité est irréversible étant donné qu'elle ne peut avoir recours à la fécondation *in vitro* pour des raisons tant religieuses que financières. Sa stérilisation aurait provoqué la dégradation de ses relations avec le père de ses enfants, nui à sa situation dans la communauté rom à laquelle elle appartient et serait l'une des raisons à l'origine de son divorce intervenu en 2009.

### 2. Le Gouvernement

135. Le Gouvernement soutient que la stérilisation de la requérante répondait à des indications gynécologiques et obstétriques car une nouvelle

grossesse aurait fait peser de graves risques sur la santé et la vie de celle-ci et de l'enfant. Il précise que la stérilisation a été pratiquée à la demande de la requérante et ajoute que, étant donné que ses organes reproductifs étaient malades, le chef de service de l'hôpital était habilité par l'article 2 a) du règlement de 1972 sur la stérilisation à décider si la stérilisation était indiquée.

136. La requérante aurait demandé la stérilisation deux heures et demie environ après son admission à l'hôpital et aurait été placée sous anesthésie une heure plus tard environ. Jusqu'à ce moment-là, aucune substance susceptible d'altérer ses facultés cognitives ne lui aurait été administrée. Il soutient que la requérante a elle-même demandé l'intervention après avoir été informée comme il convient des risques associés à une troisième grossesse et des conséquences de la stérilisation. Comme les tribunaux internes l'auraient établi, l'ingérence en cause aurait été conforme au droit pertinent et nécessaire à la protection de la vie et de la santé de la requérante. Le Gouvernement laisse la Cour apprécier dans quelle mesure l'intervention a respecté les normes internationales applicables.

137. Il resterait à la requérante la possibilité de concevoir un enfant par fécondation *in vitro* par exemple. A l'audience, le Gouvernement a indiqué qu'il était prêt à assumer les frais d'une telle procédure. Toutefois, en raison des risques importants inhérents à une nouvelle grossesse, la requérante devrait accepter de s'astreindre à un suivi médical régulier pendant toute sa durée.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Principes généraux*

138. La notion de «vie privée» est un concept large qui englobe entre autres des aspects de l'identité physique, psychologique et sociale d'un individu, tels que le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le droit au respect des décisions d'avoir ou de ne pas avoir d'enfant (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-I, et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 43, 22 janvier 2008).

139. L'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Toute ingérence dans le droit énoncé au paragraphe 1 de l'article 8 doit être justifiée au regard du paragraphe 2, c'est-à-dire qu'elle doit être «prévues par la loi» et «nécessaire dans une société démocratique» pour atteindre un ou plusieurs des buts légitimes cités. La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un

besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime visé par les autorités (voir, par exemple, *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, §§ 218-241, CEDH 2010).

140. En outre, les États contractants sont également tenus par l'obligation positive de garantir à toute personne relevant de leur juridiction le droit à un respect effectif des droits énoncés à l'article 8. Pour l'appréciation des obligations positives de l'État, il faut garder à l'esprit que la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. La compatibilité avec les exigences de la prééminence du droit implique que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention.

141. Même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il importe, pour la jouissance effective des droits garantis par cette disposition, que le processus décisionnel soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts qui y sont protégés. Il y a lieu de déterminer, eu égard aux circonstances particulières de la cause et notamment à la nature des décisions à prendre, si l'individu a joué dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle suffisamment important pour lui assurer la protection requise de ses intérêts (pour un récapitulatif des principes pertinents voir, entre autres, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 32, série A n° 32, *Tysiáč c. Pologne*, n° 5410/03, §§ 107-113, CEDH 2007-I, et *A, B et C c. Irlande*, précité, §§ 247-249).

142. Les principes énoncés ci-dessus valent également pour ce qui est du droit au respect de la vie familiale. Cette notion visée par l'article 8 de la Convention présuppose l'existence d'une famille; cependant, elle ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres liens « familiaux » de fait lorsque les personnes cohabitent en dehors du mariage (voir, par exemple, *E.B. c. France*, précité, § 41, *Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, §§ 55, 58 et 63, 21 décembre 2010, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, §§ 49-55, série A n° 290, et *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, §§ 84-88, 12 février 2009, et autres références citées dans tous ces arrêts).

## 2. Observation de l'article 8

143. La stérilisation de la requérante a eu une incidence sur sa capacité à procréer et des répercussions sur divers aspects de sa vie privée et familiale. Cette intervention a donc constitué une ingérence dans les droits de la requérante au titre de l'article 8. Les parties ne le contestent pas.

144. Pour autant que la requérante se plaint que sa stérilisation sans son consentement plein et éclairé a emporté violation de son droit au respect

de sa vie privée et familiale, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu d'examiner ce grief séparément sous l'angle de l'article 8 de la Convention eu égard à sa conclusion selon laquelle cette intervention chirurgicale était contraire à l'article 3 de la Convention.

145. Néanmoins, la Cour estime qu'il importe de rechercher si l'Etat défendeur s'est acquitté de l'obligation positive que fait peser sur lui l'article 8 de sauvegarder par le biais de son système juridique les droits énoncés dans cet article en mettant en place des garanties effectives destinées à protéger la santé reproductive des femmes roms en particulier.

146. La Cour constate que les documents dont elle dispose indiquent que les stérilisations et l'usage inapproprié de ces actes ont touché des individus vulnérables appartenant à différents groupes ethniques. Toutefois, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'est déclaré convaincu que la population rom de Slovaquie orientale y a été particulièrement exposée. Cela provenait selon lui notamment de l'attitude négative largement répandue face au taux de natalité relativement élevé chez les Roms par rapport aux autres parties de la population, souvent exprimée sous la forme de la crainte qu'une part grandissante de la population ne vive de l'aide sociale. De l'avis du Commissaire, le gouvernement slovaque portait une responsabilité objective à cet égard à cause de lacunes systémiques dans les actes autorisés et en particulier parce qu'il n'avait pas adopté une législation adéquate ni exercé une surveillance appropriée des pratiques en matière de stérilisation (...).

147. De même, dans son troisième rapport sur la Slovaquie, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) a déclaré qu'en Slovaquie la population avait encore une perception généralement négative de la minorité rom, laquelle demeurerait nettement défavorisée dans la plupart des secteurs de l'existence. Cette organisation a exprimé l'avis qu'il convenait de mettre en place des garanties plus adaptées (...).

148. Dans les conclusions de son rapport de 2008 sur la Slovaquie, le CEDAW s'est déclaré préoccupé par les informations qu'il avait reçues selon lesquelles des femmes roms avaient indiqué avoir été stérilisées sans leur consentement éclairé. Le comité recommandait au Gouvernement de prendre des mesures pour veiller à ce que les patientes soient en état de donner leur consentement plein et éclairé avant toute stérilisation (...).

149. Dans son rapport du 28 mai 2003, un groupe d'experts mis sur pied par le ministère de la Santé a conclu que certaines lacunes constatées dans le domaine de la santé et le non-respect de la réglementation sur la stérilisation avaient des conséquences identiques sur l'ensemble de la population, indépendamment de l'origine ethnique des patients. Ce rapport contenait néanmoins un ensemble de recommandations dans le domaine de

la formation du personnel médical centrées sur « les différences culturelles dans les régions connaissant une forte concentration de communautés roms (paragraphe 54-55 ci-dessus).

150. La Cour note à cet égard que, dans la rubrique « antécédents médicaux » du compte rendu de la grossesse et de l'accouchement de la requérante, ne figure à la sous-rubrique « situation sociale et emploi, en particulier durant la grossesse » que la mention « patiente d'origine rom ». En outre, lors de la procédure devant les juridictions civiles slovaques, l'un des médecins de l'hôpital de Prešov a estimé que le cas de la requérante était « comparable aux autres du même genre » (paragraphe 32 ci-dessus).

151. Le Gouvernement a expliqué qu'il était nécessaire de préciser l'origine de la requérante car les patientes roms fréquentaient très peu les centres sociaux et de soins et avaient donc besoin d'une attention spéciale. Même en admettant que telle soit la raison de la présence de cette mention, la référence dans le compte rendu à l'origine ethnique de la requérante, sans autre précision, est révélatrice selon la Cour d'un certain état d'esprit de la part du personnel médical quant à la manière dont il convenait de traiter médicalement une femme rom. Cela n'indique en tout cas certainement pas qu'un soin spécial devait être apporté, et ait en réalité été apporté, pour faire en sorte d'obtenir le consentement plein et éclairé d'une telle patiente avant de pratiquer une stérilisation ou pour associer la patiente au processus décisionnel de façon à protéger ses intérêts de manière effective.

152. Tant le règlement de 1972 sur la stérilisation que la loi de 1994 sur la santé exigeaient que les patients donnent leur consentement avant une intervention médicale. Or ces textes, vu la façon dont ils ont été interprétés et appliqués dans le cas de la requérante, ne fournissaient pas des garanties appropriées. Ils ont notamment permis qu'une intervention particulièrement importante soit pratiquée sans le consentement éclairé du patient tel que défini dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, par laquelle la Slovaquie était tenue à l'époque des faits, comme cela s'est produit dans le cas de la requérante.

153. Des mesures spécifiques visant à combler de telles lacunes et à assurer le respect des normes internationales ont été introduites avec l'adoption de la loi de 2004 sur la santé, qui a pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Alors que le règlement de 1972 sur la stérilisation et la loi de 1994 sur la santé ne le faisaient pas, la nouvelle loi contient des dispositions détaillées sur la communication d'informations aux patients et le consentement éclairé devant être donné par eux. En particulier, l'article 40 énonce les conditions préalables requises pour pouvoir procéder à une stérilisation : il faut une demande écrite et un consentement écrit donné après la communication d'informations concernant entre autres les autres modes de contraception

et de planification des naissances et les conséquences médicales. La stérilisation ne peut être pratiquée moins de trente jours après l'obtention du consentement éclairé du patient. La Cour se félicite de cette évolution mais constate que celle-ci ne saurait avoir une incidence sur la requérante étant donné qu'elle est intervenue postérieurement aux faits de la cause.

154. Dès lors, l'absence à l'époque de garanties permettant d'accorder une considération particulière à la santé reproductive de la requérante en sa qualité de femme rom signifie que l'Etat défendeur n'a pas respecté l'obligation positive qui lui incombait d'octroyer à celle-ci une protection suffisante pour qu'elle puisse jouir effectivement de son droit au respect de sa vie privée et familiale.

155. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

(...)

## V. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

169. La requérante se plaint que, à l'occasion de sa stérilisation, elle a subi une discrimination fondée sur la race et le sexe dans la jouissance de ses droits garantis par les articles 3, 8 et 12 de la Convention. Elle allègue une violation de l'article 14, libellé en ces termes :

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

### A. Thèses des parties

#### 1. La requérante

170. La requérante considère que son origine ethnique a joué un rôle décisif dans la décision du personnel médical de l'hôpital de Prešov de la stériliser. Il y aurait lieu d'examiner son grief de discrimination à la lumière des politiques et pratiques qui étaient en vigueur en matière de stérilisation sous le régime communiste ainsi que de l'intolérance généralisée envers les Roms en Slovaquie. Tel serait le climat qui aurait influé sur l'attitude du personnel médical. La mention de son origine rom dans son dossier médical et le traitement qu'elle a reçu à l'hôpital de Prešov témoigneraient du climat qui régnait dans cet établissement envers les patientes roms et du contexte général dans lequel sa stérilisation s'est produite. Après l'audience,



la requérante a précisé qu'elle ne souhaitait pas se plaindre séparément de la ségrégation des patientes roms à l'hôpital de Prešov.

171. La requérante allègue qu'elle a été soumise non seulement à une discrimination fondée sur la race, mais aussi à une discrimination fondée sur le sexe étant donné qu'elle a subi une différence de traitement dans le cadre de sa grossesse. S'appuyant sur les documents du CEDAW, elle soutient que le fait que les services de santé ne prennent pas en compte les différences biologiques fondamentales qui existent entre hommes et femmes dans le domaine de la reproduction méconnaît l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe. La stérilisation qu'elle a subie sans qu'elle ait donné son consentement plein et éclairé s'analyserait en une forme de violence envers les femmes et serait à ce titre contraire à l'article 14.

### 2. *Le Gouvernement*

172. Le Gouvernement nie l'existence d'une quelconque pratique de discrimination visant spécifiquement les Roms dans les établissements médicaux en Slovaquie, y compris à l'hôpital de Prešov, et conteste les allégations formulées par la requérante à cet égard.

173. La stérilisation de la requérante aurait été indiquée pour des raisons médicales et aurait été pratiquée à sa demande. Dans d'autres cas similaires, les médecins auraient procédé de la même manière indépendamment de la race ou de la couleur de peau des patients.

174. S'il est vrai que le dossier médical comporte la mention de l'origine rom de la requérante, cette mention aurait figuré dans la partie relative aux antécédents médicaux du compte rendu de l'accouchement. Le personnel médical de l'hôpital de Prešov aurait indiqué leur origine dans le dossier des patientes roms car le suivi social et médical de ces femmes aurait souvent été négligé et il aurait fallu leur accorder une attention spéciale.

### 3. *La FIGO*

175. La FIGO considère qu'un médecin qui procède à une stérilisation en même temps qu'une césarienne parce qu'il estime que cela est souhaitable dans l'intérêt de la patiente commet une entorse à l'éthique sauf s'il a discuté de la question de façon approfondie avec la patiente avant l'accouchement et obtenu son consentement. Elle ajoute que, eu égard au caractère irréversible d'un grand nombre d'actes de stérilisation, les médecins ne devraient pas permettre que des différences linguistiques, culturelles ou autres entre eux et leurs patientes empêchent celles-ci d'avoir clairement conscience de la nature de la stérilisation proposée et à laquelle on leur demande au préalable de consentir.

## B. Appréciation de la Cour

176. La requérante allègue qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec les articles 3, 8 et 12 de la Convention. Vu les circonstances de l'espèce, la Cour juge naturel d'examiner le grief de discrimination combiné avec l'article 8 car l'ingérence en cause a porté sur l'une des fonctions corporelles essentielles de la requérante et entraîné pour elle de nombreuses conséquences négatives notamment dans sa vie privée et familiale.

177. Les documents dont dispose la Cour indiquent que la pratique consistant à stériliser des femmes sans qu'elles aient au préalable donné leur consentement éclairé touche des personnes vulnérables appartenant à différents groupes ethniques. La Cour a déjà dit que les informations disponibles ne suffisent pas à démontrer de manière convaincante que les médecins ont agi de mauvaise foi dans l'intention de maltraiter la requérante (paragraphe 119 ci-dessus). De même, sans nier que la stérilisation de la requérante sans son consentement éclairé suscite de vives critiques, les éléments de preuve objectifs ne sont pas suffisamment forts pour convaincre la Cour que cette intervention s'inscrivait dans le cadre d'une politique organisée ou que le comportement du personnel de l'hôpital était sciemment motivé par des considérations raciales (voir, *mutatis mutandis*, *Mižigárová c. Slovaquie*, n° 74832/01, §§ 117 et 122, 14 décembre 2010).

178. Il est néanmoins pertinent sous l'angle de l'article 14 de relever que tant le Commissaire aux droits de l'homme que l'ECRI ont fait état dans leurs documents de graves lacunes dans la législation et la pratique en matière de stérilisation. Ils ont exprimé l'avis que ces lacunes étaient susceptibles de toucher en particulier les membres de la communauté rom, très défavorisés dans la plupart des domaines de la vie. Le même constat a été dressé implicitement par le groupe d'experts mis sur pied par le ministère de la Santé, qui a recommandé que des mesures spéciales soient prises pour la population rom.

179. A cet égard, la Cour a conclu plus haut que l'Etat défendeur n'avait pas respecté l'obligation positive qui lui incombait au titre de l'article 8 de la Convention de garantir à la requérante une protection suffisante de nature à lui permettre, en tant que membre de la communauté rom, une communauté vulnérable, de jouir effectivement de son droit au respect de sa vie privée et familiale dans le cadre de sa stérilisation.

180. Dans ces conditions, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément si les faits de la cause emportent également violation de l'article 14 de la Convention.

## VI. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

## 181. 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**

182. La requérante arguë que l'atteinte à ses droits était particulièrement grave et a eu des répercussions durables. Elle réclame 50 000 euros (EUR) pour dommage moral.

183. Le Gouvernement trouve cette demande excessive. Il fait valoir que la requérante a consenti à sa stérilisation et qu'elle pourrait recourir à la fécondation *in vitro* si elle souhaitait avoir d'autres enfants. Il signale que, à l'audience, il a proposé de payer les frais d'une telle procédure.

184. Eu égard aux violations de la Convention constatées et au contexte dans lequel elles se sont produites, la Cour alloue à la requérante 31 000 EUR pour dommage moral, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt.

(...)

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention sous son volet matériel;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention sous son volet procédural;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention ;  
(...)
6. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 de la Convention;
7. *Dit*, à l'unanimité,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
    - i. 31 000 EUR (trente et un mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,  
(...)

Fait en anglais, puis communiqué par écrit le 8 novembre 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Fatoş Aracı  
Greffière adjointe

Nicolas Bratza  
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 de la juge Mijović.

N.B.  
F.A.

## OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE MIJOVIĆ

(Traduction)

Alors que je partage sans difficulté l'avis de la majorité selon lequel il y a eu violation de l'article 3 comme de l'article 8 de la Convention, ma position au sujet du grief tiré de l'article 14 diffère sensiblement de la conclusion à laquelle la majorité est parvenue. En effet, la chambre a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 de la Convention tandis que, pour moi, ce grief constitue le cœur même de l'affaire et aurait dû être examiné sur le fond, pour conduire à un constat de violation de l'article 14.

La Cour a établi dans sa jurisprudence que la discrimination consiste à traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables. Compte tenu des principes élaborés dans la jurisprudence de la Cour tels qu'ils ont été confirmés dans les arrêts *D.H. et autres c. République tchèque* ([GC], n° 57325/00, §§ 175-181, CEDH 2007-IV), et *Oršuš et autres c. Croatie* ([GC], n° 15766/03, §§ 147-153, CEDH 2010), je me vois dans l'obligation de désapprouver totalement la conclusion de la chambre, et je regrette que la discrimination que la requérante a manifestement subie ait fait l'objet d'un examen aussi lapidaire.

Les faits de la cause confirment que la requérante avait un dossier médical et que les termes « patiente d'origine rom » figuraient à la rubrique « antécédents médicaux » de son compte rendu de grossesse et d'accouchement. Le Gouvernement a expliqué qu'il était nécessaire de faire figurer dans ledit compte rendu cette mention indiquant l'origine ethnique de la requérante parce que le suivi médical et social des patients roms avait souvent été négligé et qu'il fallait donc leur accorder une « attention spéciale ».

Je trouve cet argument totalement inacceptable car l'« attention spéciale » en question s'est en fait traduite par la stérilisation de la requérante, opération qui a été jugée contraire aux articles 3 et 8 de la Convention. Selon moi, conclure à la violation de ces deux dispositions prises seules réduit cette affaire à un cas individuel, alors qu'il est manifeste qu'il existait sous le régime communiste, de la part de l'Etat, une politique générale de stérilisation des femmes roms (régie par le règlement de 1972 sur la stérilisation), dont les effets se faisaient encore sentir à l'époque où se sont produits les faits à l'origine de la requête. En outre, et pour montrer que peu de choses ont changé en ce qui concerne la politique de l'Etat envers la population rom, il faut indiquer que, dans son troisième rapport sur la Slovaquie, la

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) a déclaré que la population avait encore une perception généralement négative de la minorité rom. De plus, l'ECRI s'est dite particulièrement préoccupée par les informations qu'elle avait reçues selon lesquelles des femmes roms avaient couramment été stérilisées dans certains hôpitaux sans leur consentement éclairé. Le fait que d'autres affaires du même type soient pendantes devant la Cour renforce ma conviction personnelle selon laquelle la stérilisation de femmes roms ne revêtait pas un caractère accidentel mais était la survivance d'une attitude adoptée de longue date envers la minorité rom en Slovaquie. A mon avis, la requérante a été « repérée » et observée en tant que patiente devant être stérilisée du simple fait de son origine, puisqu'il était clair qu'il n'y avait aucun motif d'ordre médical de la stériliser. Selon moi, cela représente la forme la plus aiguë de discrimination qui soit, ce qui aurait dû conduire la Cour à conclure à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 3 et 8 de la Convention.

Telles sont également les raisons pour lesquelles j'ai voté contre le rejet des prétentions de la requérante au titre de la satisfaction équitable, car je pense que si la Cour avait conclu à la violation de l'article 14 de la Convention elle aurait accueilli ces prétentions.