

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



REPORTS
OF JUDGMENTS AND DECISIONS

RECUEIL
DES ARRÊTS ET DÉCISIONS

2015-VIII



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 2015-VIII



Published by/Publié par

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

Printed on demand by Digiforce (Vianen, the Netherlands) on FSC paper
(www.fsc.org)

Imprimé sur demande par Digiforce (Vianen, Pays-Bas) sur papier FSC (www.fsc.org)

For publication updates please follow the Court's Twitter account at
twitter.com/echrpublication

Pour toute nouvelle information relative aux publications, veuillez consulter le
compte Twitter de la Cour: twitter.com/echrpublication

ISBN: 978-9-462-40953-8

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2018

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

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

Note on citation

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

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

Examples

Judgment on the merits delivered by a Chamber

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

Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber

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

Decision on admissibility delivered by a Chamber

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

Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber

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

Judgment striking the case out delivered by a Chamber

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

Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber

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

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

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

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

Le *Recueil des arrêts et décisions* est la collection officielle de la Cour européenne des droits de l'homme renfermant une sélection des arrêts et décisions les plus importants ainsi que des sommaires rédigés par le greffe. Depuis 2007, la sélection est faite par le Bureau¹ à la suite de la proposition du juriconsulte².

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

Note concernant la citation des arrêts et décisions

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

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

Exemples

Arrêt rendu par une chambre sur le fond

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

Arrêt rendu par la Grande Chambre sur le fond

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

Décision rendue par une chambre sur la recevabilité

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

Décision rendue par la Grande Chambre sur la recevabilité

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

Arrêt rendu par une chambre rayant l'affaire du rôle

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

Arrêt rendu par une chambre sur un règlement amiable

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

Pour plus d'information sur le mode de citation des arrêts et décisions, lequel est régulièrement mis à jour, veuillez consulter la « Note concernant la citation des arrêts et décisions » sur le site Internet de la Cour (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 juriconsulte 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>M'bala M'bala c. France</i> , n° 25239/13, décision du 20 octobre 2015 (extraits)	1
<i>M'bala M'bala v. France</i> , no. 25239/13, decision of 20 October 2015 (extracts)	25
<i>Ebrahimian c. France</i> , n° 64846/11, arrêt du 26 novembre 2015.....	51
<i>Ebrahimian v. France</i> , no. 64846/11, judgment of 26 November 2015.....	99
<i>Cengiz et autres c. Turquie</i> , n°s 48226/10 et 14027/11, arrêt du 1 ^{er} décembre 2015	147
<i>Cengiz and Others v. Turkey</i> , nos. 48226/10 and 14027/11, judgment of 1 December 2015.....	177
<i>Roman Zakharov v. Russia</i> [GC], no. 47143/06, judgment of 4 December 2015.....	205
<i>Roman Zakharov c. Russie</i> [GC], n° 47143/06, arrêt du 4 décembre 2015.....	309
<i>Schatschaschwili v. Germany</i> [GC], no. 9154/10, judgment of 15 December 2015.....	419
<i>Schatschaschwili c. Allemagne</i> [GC], n° 9154/10, arrêt du 15 décembre 2015.....	485

Subject matter/Objet des affaires

Article 6 §§ 1 and/et 3 (d)

Inability to examine absent witnesses, whose testimonies carried considerable weight in applicant's conviction

Schatschaschwili v. Germany [GC], p. 419

Impossibilité d'interroger des témoins absents, dont les dépositions ont considérablement pesé sur la décision de condamner le requérant

Schatschaschwili c. Allemagne [GC], p. 485

Article 8

Shortcomings in legal framework governing secret surveillance of mobile-telephone communications

Roman Zakharov v. Russia [GC], p. 205

Défaillances du cadre juridique régissant la surveillance secrète des communications de téléphonie mobile

Roman Zakharov c. Russie [GC], p. 309

Article 9

Non-renewal of a hospital employee's contract on account of her refusal to remove her veil

Ebrahimian v. France, p. 99

Non-renouvellement du contrat de l'employée d'un hôpital en raison de son refus de retirer son voile

Ebrahimian c. France, p. 51

Article 10

Wholesale blocking of access to YouTube without any legal basis

Cengiz and Others v. Turkey, p. 177

Blocage de l'accès à l'intégralité de YouTube dont les requérants sont des usagers actifs

Cengiz et autres c. Turquie, p. 147

Articles 10 and/et 17

Conviction of comedian for conveying negationist and anti-Semitic ideas during show

M'Bala M'Bala v. France (dec.), p. 25

Condamnation d'un humoriste au pénal pour avoir véhiculé des idées négationnistes et antisémites au cours d'un spectacle

M'Bala M'Bala c. France (déc.), p. 1

Article 34

Victim status – Wholesale blocking of access to YouTube, of which the applicants were active users

Cengiz and Others v. Turkey, p. 177

Qualité de victime – Blocage de l'accès à l'intégralité de YouTube dont les requérants sont des usagers actifs

Cengiz et autres c. Turquie, p. 147

User of mobile phone complaining of system of secret surveillance without effective domestic remedies

Roman Zakharov v. Russia [GC], p. 205

Usager de téléphonie mobile se plaignant d'un système de surveillance secrète non assorti de recours internes effectifs

Roman Zakharov c. Russie [GC], p. 309

M'BALA M'BALA c. FRANCE
(Requête n° 25239/13)

CINQUIÈME SECTION

DÉCISION DU 20 OCTOBRE 2015¹

1. Texte français original. Extraits.

SOMMAIRE¹**Condamnation d'un humoriste au pénal pour avoir véhiculé des idées négationnistes et antisémites au cours d'un spectacle**

En vertu de l'article 17 de la Convention, un humoriste qui a réalisé un spectacle dont le contenu et la tonalité générale, et donc le but, ont un caractère négationniste et antisémite marqué ne peut pas bénéficier de la protection de l'article 10. Accepter le droit à la liberté d'expression de l'humoriste dans ces circonstances contribuerait à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention (paragraphe 41-42 de la décision).

Articles 10 et 17

Liberté d'expression – Interdiction de l'abus de droit – Condamnation d'un humoriste au pénal pour avoir véhiculé des idées négationnistes et antisémites au cours d'un spectacle – Démonstration de haine et d'antisémitisme – Remise en cause de l'Holocauste – Idéologie allant à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, la justice et la paix ne pouvant être assimilée à un spectacle même satirique ou provocateur – Applicabilité de l'article 17 – Impossible bénéfice de l'article 10

*

* *

En fait

En décembre 2008, le requérant, un humoriste connu sous le nom de Dieudonné et engagé politiquement, invita un universitaire à le rejoindre sur scène à la fin de son spectacle. Celui-ci avait été condamné en France à plusieurs reprises en raison de ses thèses négationnistes et révisionnistes consistant à nier l'existence des chambres à gaz dans les camps de concentration. Le requérant lui fit remettre le « prix de l'inféquentabilité et de l'insolence » par un acteur revêtu d'un « habit de lumière », à savoir un pyjama rayé évoquant celui des déportés juifs sur lequel était cousue une étoile jaune portant la mention « juif ». Le prix était matérialisé par un chandelier à trois branches (le chandelier à sept branches constituant un emblème de la religion juive), coiffées de trois pommes.

L'incident fut constaté par les forces de l'ordre. En octobre 2009, le tribunal de grande instance déclara le requérant coupable d'injure publique envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, en l'espèce les personnes d'origine ou de confession juive. Il le

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

condamna à une amende de 10 000 EUR, ainsi qu'à verser un euro de dommages et intérêts à chaque partie civile. L'arrêt fut confirmé en appel et la Cour de cassation rejeta le pourvoi du requérant.

En droit

Articles 10 et 17: à l'instar des juges internes, la Cour n'a aucun doute quant à la teneur fortement antisémite du passage litigieux du spectacle du requérant. Ce dernier a honoré une personne connue et condamnée en France pour ses thèses négationnistes, en le faisant applaudir avec « cœur » par le public et en lui faisant remettre un prix.

Le requérant, loin de se désolidariser du discours de son invité, soutient que celui-ci n'aurait tenu aucun propos révisionniste lors de cette scène. La Cour considère au contraire que le fait de qualifier d'« affirmationnistes » ceux qui l'accusent d'être négationniste a constitué pour l'universitaire une incitation claire à mettre sur le même plan des « faits historiques clairement établis » et une thèse dont l'expression est prohibée en droit français et se voit soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10. Aussi, l'invitation faite à l'auditoire d'orthographier le mot librement avait manifestement pour but, au moyen d'un jeu de mots, d'inciter le public à considérer les tenants de cette vérité historique comme étant animés par des motivations « sionistes ». Par ailleurs, le requérant a fait de l'antisionisme l'un de ses engagements politiques principaux. Ce dernier a indiqué, au cours de l'enquête, qu'il avait été convenu que les déclarations de l'universitaire auraient un contenu différent. Cependant, entre autres, la désignation du costume de déporté par l'expression « habit de lumière » témoignait *a minima* d'un mépris affiché par le requérant à l'égard des victimes de la Shoah, ajoutant ainsi à la dimension offensante de l'ensemble de la scène.

L'intéressé est un humoriste ayant marqué son fort engagement politique en se portant candidat à plusieurs élections. Au moment des faits litigieux, il avait déjà été condamné pour injure raciale. Ainsi, les éléments de contexte, pas plus que les propos effectivement tenus sur scène, n'étaient de nature à témoigner d'une quelconque volonté de l'humoriste de dénigrer les thèses de son invité ou de dénoncer l'antisémitisme. Au contraire, le comédien jouant le rôle du déporté a lui-même déclaré ne pas avoir été surpris par la décision de faire monter sur scène l'universitaire, compte tenu des choix exprimés depuis deux ans par le requérant à travers ses apparitions publiques, notamment son rapprochement avec le président de l'époque du Front national. À ce titre, les réactions du public montrent que la portée antisémite et révisionniste de la scène a été perçue par les spectateurs (ou au moins certains d'entre eux) de la même manière que par les juges nationaux.

Enfin, et surtout, le requérant ne s'est pas expliqué sur son désir de surpasser son précédent spectacle qui aurait été qualifié par un observateur de « plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale ». Cette indication a nécessairement orienté la perception par le public de la suite de la représentation. L'humoriste

invoqua l'excuse de provocation pour justifier l'injure raciste pour laquelle il était poursuivi.

La Cour estime qu'au cours du passage litigieux, la soirée avait perdu son caractère de spectacle de divertissement pour devenir un meeting. Le requérant ne saurait prétendre, dans les circonstances particulières de l'espèce et au regard de l'ensemble du contexte de l'affaire, avoir agi en qualité d'artiste ayant le droit de s'exprimer par le biais de la satire, de l'humour et de la provocation. En effet, sous couvert d'une représentation humoristique, il a invité l'un des négationnistes français les plus connus, condamné un an auparavant pour contestation de crime contre l'humanité, pour l'honorer et lui donner la parole. En outre, dans le cadre d'une mise en scène outrageusement grotesque, il a fait intervenir un figurant jouant le rôle d'un déporté juif des camps de concentration, chargé de remettre un prix à l'universitaire. Dans cette valorisation du négationnisme à travers la place centrale donnée à l'intervention de l'universitaire et dans la mise en position avilissante des victimes juives des déportations face à celui qui nie leur extermination, la Cour voit une démonstration de haine et d'antisémitisme, ainsi que la remise en cause de l'Holocauste. Elle ne saurait accepter que l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule, à savoir la justice et la paix, soit assimilée à un spectacle, même satirique ou provocateur, qui relèverait de la protection de l'article 10 de la Convention.

En outre, si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, la Cour est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte. Elle ne mérite donc pas la protection de l'article 10 de la Convention.

Partant, dès lors que les faits litigieux, tant dans leur contenu que dans leur tonalité générale, et donc dans leur but, ont un caractère négationniste et antisémite marqué, le requérant tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention.

En conséquence, en vertu de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10.

Conclusion: irrecevable (incompatible *ratione materiae*).

Jurisprudence citée par la Cour

Garaudy c. France (déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX

Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, série A n° 24

Incal c. Turquie, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV

Pavel Ivanov c. Russie (déc.), n° 35222/04, 20 février 2007

Lawless c. Irlande, 1^{er} juillet 1961, série A n° 3

- Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII
Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, série A n° 103
Marais c. France, n° 31159/96, décision de la Commission
du 24 juin 1996, Décisions et rapports 86-A
Molnar c. Roumanie (déc.), n° 16637/06, 23 octobre 2012
Morice c. France [GC], n° 29369/10, 23 avril 2015
Norwood c. Royaume-Uni (déc.), n° 23131/03, CEDH 2004-XI
Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, n° 68354/01, 25 janvier 2007
Witzsch c. Allemagne (déc.), n° 7485/03, 13 décembre 2005

En l'affaire M'Bala M'Bala c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant le 20 octobre 2015 en une chambre composée de :

Josep Casadevall, *président*,

Angelika Nußberger,

Boštjan M. Zupančič,

Vincent A. De Gaetano,

André Potocki,

Helena Jäderblom,

Síofra O'Leary, *juges*,

et de Milan Blaško, *greffier adjoint de section*,

Vu la requête susmentionnée introduite le 10 avril 2013,

Vu les observations soumises par le gouvernement défendeur et celles présentées en réponse par le requérant,

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

EN FAIT

1. Le requérant, M. Dieudonné M'Bala M'Bala, est un ressortissant français né en 1966 et résidant à Paris. Il est représenté devant la Cour par M^e J. Verdier, avocat à Aurillac.

2. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. F. Alabrune, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

A. Les circonstances de l'espèce

3. Le requérant est humoriste et exerce sa profession sous le nom d'artiste de « Dieudonné ». Il est par ailleurs engagé en politique ; il a notamment été candidat aux élections européennes de 2004 (« liste EuroPalestine ») et 2009 (« liste antisioniste »).

4. Le 26 décembre 2008, il donna dans la salle du Zénith de Paris une représentation d'un spectacle intitulé « J'ai fait l'con ».

5. À la fin du spectacle, il invita Robert Faurisson à le rejoindre sur scène pour recevoir les applaudissements du public. Robert Faurisson a été condamné à plusieurs reprises en France, notamment en raison de ses thèses négationnistes ou révisionnistes consistant à nier l'existence des chambres à gaz homicides dans les camps de concentration. Il a été condamné, en particulier, le 4 juillet 2007 par la cour d'appel de Paris pour contestation de crime contre l'humanité. Le requérant lui fit remettre, par un acteur revêtu d'un pyjama à carreaux sur lequel était cousue une étoile de David, le « prix de l'infréquentabilité et de l'insolence ».

6. L'incident fut constaté par les forces de l'ordre. Ces dernières signalèrent également la présence de Jean-Marie Le Pen, alors président du Front national, qui assistait au spectacle depuis une coursive à l'écart du public.

7. Le 29 décembre 2008, le procureur de la République près le tribunal de grande instance (TGI) de Paris saisit la direction générale de la police judiciaire d'une enquête préliminaire sur ces faits.

8. Les enquêteurs retrouvèrent des images du passage litigieux du spectacle sur un site Internet de partage de vidéos en ligne. Ils retranscrivirent les propos tenus comme suit :

«DIEUDONNÉ: Vous savez que le Zénith c'est toujours pour moi une étape assez importante chaque année, alors quand je veux le faire c'est toujours plus difficile. Je me suis dit: faut que je trouve une idée quand même sur ce Zénith, une idée pour leur glisser une quenelle comme y fallait.

Évidemment, je réfléchis, hein ça m'arrive, et donc euh je me suis inspiré un petit peu de la dernière critique très élogieuse de Bernard H (*inaudible – huées dans le public*) qui décrivait la soirée au Zénith, le spectacle, cette soirée, cette soirée au Zénith comme le plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale, alors évidemment, il me laissait une petite marge de progression, parce que je me suis dit, il faut que je fasse mieux cette fois-ci, hein, alors si vous voulez participer à ce qu'on appelle une œuvre collective de glissement de quenelle, je vous propose d'accueillir une personne alors là qui va les faire grimper aux rideaux, hein, est-ce que ça vous intéresse? (*approbation bruyante du public*) Alors la personne qui va monter sur cette scène est un scandale à lui tout seul, je vous le dis tout de suite [...] je crois que c'est la personne la plus inféquentable de France (*cris dans la salle: «Sarkozy»*). Sarkozy, il s'est accommodé, il est devenu fréquentable mais sachez que dès demain matin, il ne restera de cette soirée que le moment où il est arrivé sur scène, comme quoi il s'est fait tabasser par les milices d'occupation israéliennes, le BETAR et la LDJ, il a été laissé pour mort sur le bord d'un chemin et l'homme, d'ailleurs, pour la petite anecdote, qui lui a sauvé la vie, qui l'a conduit à l'hôpital, cet homme a été obligé de s'en justifier dans la presse. Ce mec-là, je ne le connaissais pas il y a quelques années, je le connais encore très peu mais je sais que c'est l'homme le plus inféquentable et donc je me suis dit, si on veut faire un truc qui s'appelle un truc d'enfer, un truc puisqu'ils sont là, la presse est parmi nous, donc demain (*huée dans le public*). Écoutez la meilleure façon de leur répondre, c'est d'accueillir un homme qui était au départ accroché à la poésie et qui a développé ensuite des thèses qui sont les siennes. Je vous demande d'applaudir M. Robert Faurisson... (*applaudissements*) mieux qu'ça, mieux qu'ça, plus de cœur, encore, encore, (*entrée de M. Faurisson – embrassade avec Dieudonné*). Alors-là, sachez en tous cas une chose, vos applaudissements vont retentir vous verrez dans les médias dès demain matin, jusqu'assez loin... Robert je crois que vous méritez bien ce prix... Alors le sketch, le sketch ne serait pas complet, si Jacky, je vais demander à Jacky, mon fidèle technicien, de remettre à Robert le prix de l'inféquentabilité et de l'insolence, Jacky, dans son habit de lumière. Photographes lâchez-vous ...! (*entrée d'une personne vêtue d'un pyjama à carreaux, avec une étoile juive qui remet à M. Faurisson un objet avec trois pommes*). Regardez ce scandale, appréciez, ovation... (*cris dans le public: «Faurisson a raison» «il a gagné»*).

ROBERT FAURISSON : Un mot et peut-être plus qu'un mot, zumbele pour commencer, à toi Jacky, à Pierre Panet, à Sandra je crois. Écoute, tu nous dis « j'ai fait le con ». C'est sûr... mais ce soir, tu es vraiment en train de faire le con.

DIEUDONNÉ : C'est sûr je n'en doute pas, c'est la plus grosse connerie que j'ai faite je pense. Mais la vie est courte, la vie est très courte, déconnons et désobéissons le plus possible.

ROBERT FAURISSON : Je vous remercie parce que je n'ai pas du tout l'habitude de ce genre d'accueil, je suis supposé être un gangster de l'histoire. C'est *Le Monde* qui l'a dit et *Le Monde* a toujours raison (*cris dans le public* : « Jacques Mesrine »). Tu as raison en tout cas, toi, de dire que j'ai été l'objet de traitements spéciaux dix fois. Dont une fois où je suis quand même passé à deux doigts de la mort et je te préviens que celui qui m'a sauvé sans savoir mon nom, lorsqu'il a su mon nom, le lendemain, a dit à la police qu'il regrettrait de m'avoir sauvé la vie.

DIEUDONNÉ : Il a été tabassé par les milices sionistes qui sont très actives. [...] (*cris dans le public* : « Bâtard »).

ROBERT FAURISSON : Je peux ajouter...

DIEUDONNÉ : Oui oui pas de problème Robert, les musiciens se mettent en place, on va terminer sur un zumbele en forme de liberté d'expression...

ROBERT FAURISSON : Je peux te compromettre...

DIEUDONNÉ : Euh...Oui... tu peux... Liberté d'expression.

ROBERT FAURISSON : Nous allons... Alors... Vous ne savez pas ce que je dis ni ce que je maintiens. Certains d'entre vous ou la plupart d'entre vous ne savent pas ou savent ce que les médias osent dire à mon propos, toutes les sottises qu'ils peuvent prêter aux révisionnistes. Vous savez qu'il existe en France une loi spéciale qui va permettre à notre ami de se retrouver à la 17^e chambre d'ici peu de temps, comme moi j'y ai été un nombre de fois que je ne peux pas dire. Je peux simplement vous dire ceci, c'est que je n'ai pas le droit... C'est la loi, comme tu disais si bien.

Je n'ai pas le droit de vous dire ce qu'est en réalité le révisionnisme, que ces gens-là appellent le négationnisme (*applaudissements dans la salle*) mais je peux vous dire... Oui enfin s'ils tiennent à m'appeler négationniste, je les appelle affirmationnistes et vous écrirez le mot comme vous voudrez (*applaudissements*). Voilà... écoutez-moi bien... voilà 34 ans, 1974-1998 que je suis traité dans mon pays en Palestinien. Je suis traité en Palestinien et je ne peux m'empêcher de faire cause commune avec eux (*cris et applaudissements du public*). Je n'ai pas d'opinion politique, mais je trouve émouvant ce que tu as dit à la fin à propos de la Palestine (*cris dans le public* : « Vive la Palestine »).

DIEUDONNÉ : Je réitère notre soutien indéfectible à la Palestine, je vais demander aux musiciens de se mettre en place car il faut malheureusement arrêter. De toute façon, votre présence ici, notre poignée de main, est déjà un scandale en soi et sachez que demain le débat sera lancé et vous aurez tous l'occasion à mon avis de le suivre. Liberté d'expression, merci à tous, merci de votre solidarité, mes respects, chapeau bas. Liberté d'expression. Merci à vous, merci de votre solidarité. Mes respects, chapeaux bas. Liberté d'expression.»

9. Les enquêteurs procédèrent à l'audition de J.S., régisseur de son et lumière du spectacle. Celui-ci indiqua faire un passage sur scène lors de chaque représentation, dans le cadre d'un sketch par lequel le requérant entendait réagir contre la proposition de Nicolas Sarkozy, alors président de la République, de faire parrainer chaque enfant de CM2 par un enfant mort en déportation. Il précisa qu'à ce moment du spectacle, il entra sur scène en costume rayé avec une étoile jaune en déclarant ne pas avoir envie de porter ce costume, trouvant cela ridicule ; le requérant lui répondait « c'est la loi, (...) un membre du théâtre doit porter le costume d'un déporté juif, c'est obligatoire. N'oublie pas que les Juifs ont souffert » ; J.S. répondait que « les Juifs ont souffert autant que les autres » et le requérant lui démontrait « qu'ils ont souffert beaucoup plus ». Ce dernier expliquait ensuite que c'est J.S. qui avait été choisi pour porter ce costume parce qu'il était « le plus maigre » et lui demandait de dire au public « N'oubliez pas » avant de quitter la scène.

10. J.S. expliqua également avoir confectionné lui-même le costume à partir d'un pyjama acheté au BHV (Bazar de l'Hôtel de Ville) affirmant regretter que celui-ci rappelle le costume de déporté et précisant que cette ressemblance était due à l'insuffisance de choix dans ce magasin. Il ajouta que le requérant avait souhaité et annoncé une « surprise » pour la représentation au Zénith du 26 décembre 2008. Il indiqua ne pas avoir été surpris par le choix de faire monter sur scène Robert Faurisson, compte tenu « du pli pris par Dieudonné depuis deux ans dans ses apparitions publiques » (participation au meeting « bleu blanc rouge », présence au côté de Jean-Marie Le Pen le soir du premier tour des élections présidentielles et parrainage de sa fille par M. Le Pen). Il précisa qu'il était prévu qu'il garde sa tenue de déporté pour remettre un prix à Robert Faurisson et que ce dernier devait dire « du Céline » et déclarer vouloir se faire empailler à la gare Saint-Lazare après sa mort. Il affirma enfin avoir regretté cette scène, n'ayant pas apprécié que le requérant fasse acclamer l'invité ni les propos tenus par celui-ci.

11. Les enquêteurs découvrirent sur Internet un enregistrement d'une représentation du spectacle du requérant du 1^{er} janvier 2009, au cours duquel celui-ci échangeait avec J.S. à propos de la scène litigieuse. Il expliquait notamment :

« La quenelle que je viens de leur mettre là, (...), c'est une bombe médiatique artisanale de ma fabrication (...)

Pour le matériel, il fallait que je trouve plus fort que Le Pen... Ben ouais, tu ne peux pas faire deux fois un coup avec le même personnage. Moi je ne suis pas au Front national, j'en ai rien à foutre de ça, bon le mec est sympa, là on s'est bien amusé mais bon... et donc c'était pas évident de trouver plus infréquentable que Le Pen, c'est quasiment infréquentable... Moi j'ai fait toutes les poubelles du show business, ça m'a

mis deux mois avant de le trouver, il était là, tout seul au milieu des feuilles de salade. Un diamant, l'élu.»

12. Le 27 janvier 2009, le requérant fut entendu par les enquêteurs. Il expliqua avoir souhaité que son passage au Zénith reste gravé dans les mémoires, en associant à son image de « paria médiatique » un symbole de l'infrequentabilité. Il précisa connaître la réputation « sulfureuse » de Robert Faurisson mais ne pas savoir initialement ce qui en était l'origine. Il ajouta que la seule idée qui lui avait été transmise par l'intéressé était la contestation de la déportation des esclaves noirs à Gorée. Il affirma avoir découvert postérieurement, sur Internet, dans l'intervalle entre sa rencontre avec Robert Faurisson et sa venue sur scène, que celui-ci contestait également l'existence des chambres à gaz. Il confirma qu'il avait été prévu que l'intéressé parlerait de son désir d'être empaillé à la gare Saint-Lazare et citerait une réplique de Céline. Il déclara lui avoir néanmoins laissé un espace de liberté d'expression et n'avoir rien entendu de choquant de sa part, regrettant simplement que son discours n'ait pas été assez drôle. Il précisa avoir souhaité lui faire remettre le prix de l'infrequentabilité par J.S. en tenue de déporté, estimant que cette image était provocante. Robert Faurisson n'en avait pas été informé à l'avance. S'agissant du chandelier accompagné de trois pommes remis à ce dernier, le requérant indiqua que c'est ce qu'il avait trouvé de plus désuet et de plus ridicule. Enfin, il expliqua avoir l'impression d'appartenir à une sous-population, compte tenu du désintérêt du public pour la contestation de la traite négrière par Robert Faurisson.

13. Le 27 mars 2009, le procureur de la République cita le requérant devant le TGI de Paris pour injure publique envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, par l'un des moyens prévus à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Il lui était reproché en l'espèce d'avoir, par gestes ou paroles sur la scène de spectacle Le Zénith, employé toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, en tenant les propos suivants :

« Vous savez que le Zénith c'est toujours pour moi une étape assez importante chaque année, alors quand je veux le faire c'est toujours plus difficile. Je me suis dit : faut que je trouve une idée quand même sur ce Zénith, une idée pour leur glisser une quenelle comme y fallait.

Évidemment, je réfléchis, hein ça m'arrive, et donc euh je me suis inspiré un petit peu de la dernière critique très élogieuse de Bernard H (*inaudible – huées dans le public*) qui décrivait la soirée au Zénith, le spectacle, cette soirée, cette soirée au Zénith comme le plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale, alors évidem-

ment, il me laissait une petite marge de progression, parce que je me suis dit, il faut que je fasse mieux cette fois-ci, hein (...)»

La citation précisait que ces propos devaient être lus au regard du sketch consistant :

« – à faire monter sur scène un acteur déguisé en déporté juif, porteur d'un costume rappelant celui des déportés (pyjama et étoile jaune – supportant la mention « Juif » – cousue sur la poitrine),

– pour faire remettre à Robert Faurisson, tenant du négationnisme, dont les théories consistent à contester l'existence des chambres à gaz et la réalité de la Shoah,

– « le prix de l'infréquentabilité et de l'insolence », représenté par un *chandelier à trois branches*, supportant trois pommes ».

14. L'association SOS Racisme – Touche pas à mon pote, le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP), la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA), la Ligue pour la défense des droits de l'homme et du citoyen (LDH), l'association « J'accuse... ! Action internationale pour la justice » (AIPJ), l'Union des étudiants juifs de France (UEJF), les associations B'nai B'rith – Hatikva, B'nai B'rith – David Ben Gourion, Tsedek, Bureau national de vigilance contre l'antisémitisme (BNVCA), Agir ensemble pour la République dans la République, B'nai B'rith – Deborah Sam Hoffenberg et HCCDA! (Halte à la censure, à la corruption, au despotisme, à l'arbitraire!) ainsi que les personnes physiques J.B et G.P., se constituèrent parties civiles.

15. Le 27 octobre 2009, le TGI de Paris déclara le requérant coupable des faits poursuivis et le condamna à une amende de 10 000 euros (EUR), ainsi qu'à verser un euro de dommages et intérêts à chacune des huit parties civiles dont la constitution avait été déclarée recevable. À titre de peine complémentaire, le tribunal ordonna également la diffusion, aux frais du requérant et dans la limite de la somme de 3 000 EUR, d'un communiqué judiciaire par insertion dans les quotidiens *Le Monde* et *Le Parisien – Aujourd'hui en France*, du communiqué judiciaire suivant :

« Par [un] jugement en date du 27 octobre 2009 du tribunal correctionnel de Paris (17^e chambre/chambre de la presse), Dieudonné M'Bala M'Bala a été déclaré coupable du délit d'injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, en l'espèce les personnes d'origine ou de confession juive, à raison de propos tenus publiquement dans la salle de spectacle Le Zénith le 26 décembre 2008, poursuivis par le ministère public, l'a condamné à une peine d'amende et à indemniser diverses associations se proposant par leurs statuts de combattre le racisme et qui s'étaient constituées parties civiles. » (*sic*)

16. Les juges motivèrent leur décision comme suit :

« Dans les propos incriminés, Dieudonné M'Bala M'Bala introduit ce qui va suivre en expliquant à son public l'intention qui l'a guidé. Relevant que le précédent spectacle qu'il avait donné dans la même salle a été qualifié – par quelqu'un dont le nom est rendu inaudible par les huées qu'il soulève dans le public, mais que le prévenu a identifié en la personne de Bernard-Henri Levy – de « plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale », il indique qu'il a décidé qu'il fallait qu'il « fasse mieux » qu'en cette occasion, chacun comprenant qu'il s'agit là d'une antiphrase et que l'ambition qu'il affiche est bien de faire pire. Dieudonné M'Bala M'Bala expose encore que son objectif ultime est de « leur glisser une quenelle comme y fallait » ; cette expression imagée renvoie – de façon assez claire, quoiqu'elle semble avoir été spécifiquement forgée par le prévenu – aux registres de la scatologie et de la sodomisation.

Il ne précise pour autant pas qui est censé être la victime de ce « glissement de quenelle », selon l'expression qu'il emploie quelques secondes plus tard, mais a déclaré à l'audience qu'il visait les « médias », au « fondement » desquels il destinait la dite « quenelle ».

Il résulte cependant de ce qui suit que c'est un autre groupe qu'il vise.

Dieudonné M'Bala M'Bala dévoile en effet à son public l'idée qu'il a eue et qui doit lui permettre de réaliser cet objectif de *faire pire* que l'an passé, tout en restant dans le registre, qui lui avait alors été imputé, de l'extrême antisémitisme. Il annonce avoir invité la « personne la plus infrequentable de France », qu'il présente comme la victime des « milices d'occupation israélienne » (il dira plus loin « les milices sionistes ») et, de façon cryptée, comme un homme « qui a développé [...] des thèses qui sont les siennes ». C'est alors Robert Faurisson qu'il introduit et fait acclamer par son public avant de lui faire remettre « le prix de l'infrequentabilité et de l'insolence ».

Ce faisant, il ne peut que faire référence à ce par quoi cet ancien universitaire s'est fait largement connaître, à savoir la négation de la réalité du génocide des Juifs perpétré par le régime nazi.

Dieudonné M'Bala M'Bala a déclaré, à cet égard, au cours de l'enquête ordonnée par le ministère public, puis à l'audience, qu'il ignorait que Robert Faurisson était, en France, un des principaux tenants des thèses négationnistes et avait été notamment condamné pour le délit prévu par l'article 24 *bis* de la loi sur la liberté de la presse. Il a affirmé, au contraire, qu'il ne connaissait celui qu'il avait choisi d'inviter que pour avoir remis en cause que la maison dite des esclaves, située à Gorée, au Sénégal, ait bien été un lieu d'embarquement des victimes de la traite négrière. Ces affirmations sont, cependant, dépourvues de toute vraisemblance, compte tenu tant de la notoriété du négationnisme de Robert Faurisson que de l'objectif affiché par le prévenu.

Dieudonné M'Bala M'Bala ne saurait sérieusement prétendre, en effet, qu'il ambitionnait de *faire pire* dans l'antisémitisme – ainsi qu'il l'annonce à son public dans les propos poursuivis – et, plus généralement, de se livrer à la plus extrême des provocations – en cherchant et trouvant « plus infrequentable que Le Pen », pour reprendre les mots qu'il utilise le 1^{er} janvier 2009 en commentant sa prestation du Zénith, (...) mais qu'à cette fin, il aurait invité quelqu'un qui aurait seulement tenu d'hypothétiques propos pour nier, non pas la réalité de la traite négrière occidentale comme il le suggère abusivement, mais l'authenticité d'un de ses lieux emblématiques.

Par ailleurs, le libellé même du prix qu'il entend remettre à Robert Faurisson renvoie à des valeurs positives, aux yeux du prévenu - qui se présente en victime, elle aussi *infréquentable*, des puissants et des tenants des idées communément admises -, comme du public que lui a précisément acquis cette posture.

Enfin, si une mise en scène ne saurait constituer en elle-même le support d'une injure, ce moyen de publicité n'étant pas prévu par l'article 23 susvisé, il doit être encore relevé que le prévenu a choisi, pour remettre le « prix de l'infréquentabilité et de l'insolence » à Robert Faurisson, une personne habillée d'un pyjama rayé sur lequel est cousue une étoile jaune marquée du mot « juif » - cette étoile caractérisant bien, pour ce qui la concerne, un support de l'écrit exposé dans une réunion publique, au sens de ce texte - et, pour matérialiser ce prix, un emblème lui aussi exposé au regard du public, à savoir un chandelier à trois branches, coiffées de trois pommes.

Dieudonné M'Bala M'Bala a admis, devant les enquêteurs, que le choix du costume de déporté déjà utilisé par le même comédien dans son spectacle, avait été fait parce qu'il constituait « la plus efficace » des provocations, et que le chandelier était ce qu'il avait trouvé de « plus désuet » et de « plus ridicule ». Il est cependant revenu sur ces déclarations à l'audience, prétendant que le costume avait été utilisé par commodité et pour éviter d'en chercher un autre, et que le chandelier avait été trouvé dans une loge.

Professionnel du spectacle, (...), le prévenu ne saurait, en tout état de cause, utilement soutenir que ces circonstances auraient été laissées au hasard et déterminées par des contingences purement matérielles. Le double choix d'un chandelier, d'une part, objet qui, lorsqu'il a sept branches, constitue un emblème de la religion juive et qui est abâtardi par sa réduction à trois branches et la substitution de pommes aux bougies, et d'un costume évoquant celui imposé aux déportés juifs dans les camps de concentration nazis, costume de surcroît qualifié d'« habit de lumière », d'autre part, donne tout son sens, pour les spectateurs présents dans cette réunion publique, à l'ambition expressément affichée dans les propos poursuivis, tels qu'ils viennent d'être tenus, d'atteindre au comble de l'antisémitisme.

Ce sont donc bien les personnes d'origine ou de confession juive au « fondement » desquels le prévenu entend « glisser une quenelle », en faisant acclamer un individu uniquement connu du public pour ses thèses négationnistes, en le présentant comme le héros de valeurs positives et en lui faisant remettre cet hommage, sous la forme d'un emblème dénaturé de cette communauté, par un personnage ridiculisant les victimes juives des crimes mêmes que nie la personne ainsi honorée.

Les propos poursuivis sont, dans ces conditions et ainsi que l'ont soutenu à juste titre le ministère public et les parties civiles, à la fois outrageants et méprisants à l'égard des personnes d'origine ou de confession juive.

C'est en vain que le prévenu fait plaider d'abord que ces propos contiendraient l'imputation d'un fait précis, dès lors que celui qu'il articule, « vouloir organiser un meeting antisémite », qui constitue d'ailleurs une analyse pertinente de son propre propos, le vise lui - s'agissant d'un fait qu'il s'impute à lui-même, qui est cependant prévenu et pas partie civile - et non pas les personnes d'origine et de confession juive, auxquelles aucun comportement particulier n'est prêté.

C'est également à tort que Dieudonné M'Bala M'Bala soutient l'excuse de provocation, alors qu'il ne démontre nullement qu'une personnalité aurait qualifié de meeting antisémite un de ses précédents spectacles, qui aurait été donné deux ans auparavant, ni qu'un tel jugement de valeur, à supposer qu'il ait été effectivement émis, aurait présenté le caractère d'une provocation au sens de l'article 33, alinéa 2, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, en ce qu'il aurait été de nature à expliquer, voire à justifier la présente injure, qui vise pourtant précisément les personnes d'origine ou de confession juive.

Dieudonné M'Bala M'Bala ne saurait davantage s'abriter derrière une intention humoristique. La caricature et la satire, même délibérément provocantes ou grossières, participent indéniablement, dans une société démocratique, de la liberté d'expression et de création et de la libre communication des idées et des opinions. Il n'appartient pas, par ailleurs, au tribunal – qui n'est pas juge de la qualité d'une prestation, quoiqu'il remarque qu'il ne résulte nullement de l'enregistrement vidéo diffusé que les propos auraient suscité l'hilarité du moindre spectateur – de déterminer si les propos incriminés ambitionnaient ou non de rester dans le registre du spectacle d'humoriste qu'ils concluaient. Il doit être rappelé, toutefois, que le droit à l'humour connaît des limites, et spécialement le respect de la dignité de la personne humaine.

Au cas présent, en annonçant son désir de pousser à son comble la provocation antisémite et en honorant à cette fin publiquement une personne connue pour ses thèses négationnistes, à qui il faisait remettre par une caricature de déporté juif un objet ridiculisant un emblème de la religion juive, le prévenu a très largement excédé les limites admises du droit à l'humour.

Enfin, il doit être constaté que, contrairement à ce qui est suggéré à divers moments de la séquence litigieuse, lorsque sont évoquées « les milices d'occupation israélienne », les « milices sionistes » et le « soutien indéfectible à la Palestine », les propos poursuivis ne relèvent pas d'une libre prise de position politique sur le conflit opposant les Palestiniens et l'État d'Israël, dès lors que c'est bien l'ensemble des personnes d'origine ou de confession juive qui sont visées par l'injure incriminée, qui tend à les atteindre uniquement à raison de leur origine ou de leur religion, et indépendamment de leurs éventuels choix politiques. »

17. Le requérant et, de manière incidente, le ministère public ainsi que sept parties civiles interjetèrent appel.

18. Par un arrêt du 17 mars 2011, la cour d'appel de Paris confirma le jugement sur la culpabilité et les sanctions infligées au requérant, modifiant seulement le texte du communiqué judiciaire. Les juges motivèrent leur décision comme suit :

« Se référant, ce qu'il ne conteste pas, à l'écrivain Bernard-Henri Lévy qui l'a, dit-il, accusé par le passé d'avoir organisé au Zénith « le plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale », Dieudonné M'Bala M'Bala se donne pour ambition de « faire mieux cette fois-ci ».

Joignant par deux fois le geste à la parole, remontant sa main droite le long de son bras gauche jusqu'à l'épaule, Dieudonné M'Bala M'Bala, explique au public qu'il

s'agit de « leur » « glisser une quenelle », une expression imagée évoquant à l'évidence la sodomie : « si ça glisse, c'est plus souple, c'est plus agréable qu'une gifle » a-t-il déclaré devant la cour.

C'est en vain que le prévenu soutient dans ses conclusions que son message n'était pas destiné « à un groupe de personnes, en l'occurrence la communauté juive, mais à certains de ses représentants avec lesquels il est en controverse, dont notamment le chroniqueur de l'hebdomadaire *Le Point* », la suite de ses propos et la mise en scène organisée par ses soins démontrant sa volonté de cibler l'ensemble de la communauté juive.

Il annonce en effet la venue d'une personne « qui va les faire grimper aux rideaux », « un scandale à lui tout seul », « la personne la plus infréquentable de France », précisant que l'intéressé a été « tabassé par le BETAR et la LDJ », « des milices sionistes », et qu'il développe « des thèses qui sont les siennes ».

Entre alors sur scène Robert Faurisson, notoirement connu pour ses thèses négationnistes qui lui ont valu bon nombre de condamnations et que Dieudonné M'Bala M'Bala fait applaudir par le public, la soirée perdant ainsi son caractère de spectacle et présentant dès lors les caractéristiques d'un meeting.

Ayant pour objectif de « faire mieux » en matière d'antisémitisme, le prévenu ne peut sérieusement soutenir, ainsi qu'il l'a fait devant le tribunal et devant la cour, qu'il ne connaissait son invité qu'au travers de ses travaux mettant en doute la réalité du rôle tenu par l'île de Gorée au Sénégal à l'époque de la traite des Noirs.

Donnant à ses propos liminaires tout leur sens et leur portée, Dieudonné M'Bala M'Bala fait alors remettre à Robert Faurisson le « prix de l'insolence et de l'infréquentabilité » par un personnage revêtu d'un pyjama, qualifié d'« habit de lumière », qui rappelle à l'évidence la tenue des déportés, l'étoile jaune portant le mot « juif » cousue sur le vêtement levant toute ambiguïté quant au but poursuivi et à la communauté visée.

S'il en était besoin, la remise du prix, un chandelier à trois branches coiffées de trois pommes qui vient caricaturer un symbole de la religion juive, complète le dispositif.

Le « glissement de quenelle » annoncé au public et qui a pour objectif affiché de faire « mieux » en matière d'antisémitisme prend alors tout son sens : offenser délibérément la mémoire d'un peuple en tournant en dérision, par le biais de la parole, de l'étoile jaune – support du mot « juif » – et de l'emblème du chandelier remis par un « déporté » à un spécialiste des thèses négationnistes, la déportation et l'extermination des Juifs par les nazis durant la Seconde Guerre mondiale, ce qui constitue, ainsi que l'a déjà dit le tribunal, un mode d'expression à la fois outrageant et méprisant à l'égard de l'ensemble des personnes d'origine ou de confession juive, ce qui caractérise l'injure poursuivie.

Et si Dieudonné M'Bala M'Bala revendique son droit à la liberté d'expression et, en quelque sorte, l'immunité dont devrait bénéficier la création artistique à vocation humoristique, il doit être rappelé que ces droits, essentiels dans une société démocratique, ne sont pas sans limites, tout spécialement lorsqu'est en cause le respect de la dignité de la personne humaine, ce qui est le cas en l'espèce, et lorsque les actes de scène cèdent la place à une manifestation qui ne présente plus le caractère d'un spectacle. »

19. Le requérant et trois parties civiles se pourvurent en cassation.

20. Par un arrêt du 16 octobre 2012, la Cour de cassation déclara irrecevable le pourvoi des parties civiles et rejeta celui du requérant. Elle observa que la cour d'appel avait retenu que le fait de tourner en dérision la déportation et l'extermination des Juifs par les nazis pendant la Seconde Guerre mondiale, par le biais de la parole, de l'étoile jaune, support du mot « juif », et de l'emblème du chandelier remis par un « déporté » à un spécialiste des thèses négationnistes, constituait à l'égard de l'ensemble des personnes d'origine ou de confession juive un mode d'expression à la fois outrageant et méprisant qui caractérisait l'infraction d'injure poursuivie. Précisant qu'il appartient aux juges du fond de relever toutes les circonstances extrinsèques qui donnent une portée injurieuse ou diffamatoire à des propos, même si ceux-ci ne présentent pas par eux-mêmes ce caractère, et qui sont de nature à révéler leur véritable sens, la Cour de cassation estima que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision.

(...)

GRIEFS

23. Invoquant les articles 7 et 10 de la Convention, le requérant se plaint d'avoir été condamné pour injure publique envers des personnes d'origine ou de confession juive. Il expose qu'il a organisé, au cours de son spectacle, une mise en scène et que ni lui-même ni la personne qu'il a invitée sur scène n'ont prononcé un quelconque propos présentant le caractère d'une injure ou d'une diffamation. Il ajoute que, pour la première fois, les juridictions françaises ont considéré que l'injure ne résultait pas d'un des moyens prévus par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, mais d'une forme de contexte ayant pour support une mise en scène à caractère injurieux. Il estime que cette restriction à sa liberté d'expression n'était ni prévisible ni nécessaire.

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

24. Le requérant allègue que sa condamnation a porté atteinte aux articles 7 et 10 de la Convention.

25. Maîtresse de la qualification juridique des faits, la Cour estime que l'affaire doit être examinée uniquement sous l'angle de l'article 10 de la Convention, dont les dispositions se lisent comme suit :

« 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 États 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. Arguments des parties

1. Le Gouvernement

26. Le Gouvernement s'oppose à la thèse du requérant. À titre principal, il invite la Cour à considérer la requête comme irrecevable en application de l'article 17 de la Convention. Il estime en effet que les propos et agissements du requérant ont clairement révélé un objectif raciste consistant, comme la cour d'appel de Paris l'a relevé, dans la volonté « d'offenser délibérément la mémoire » du peuple juif. Il considère donc que le requérant tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant la liberté d'expression à des fins contraires aux valeurs fondamentales de la Convention que sont la justice et la paix.

27. À titre subsidiaire, le Gouvernement considère que les dispositions de l'article 10 n'ont pas été violées en l'espèce, l'ingérence étant prévue par la loi, orientée vers un but légitime et nécessaire dans une société démocratique. S'agissant particulièrement de la prévisibilité de la condamnation, il rappelle que, selon une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation (Cass. crim., 23 novembre 1907), il appartient aux tribunaux de relever toutes les circonstances de faits extrinsèques qui donnent une portée injurieuse à des écrits ou imprimés ne présentant pas par eux-mêmes ce caractère et qui sont de nature à révéler au public leur véritable sens. Il estime qu'en l'espèce, la cour d'appel a caractérisé l'injure en constatant la portée outrageante des propos tenus par l'humoriste du fait de la mise en scène au sein de laquelle ceux-ci s'inscrivaient, en particulier le choix de faire remettre à un négationniste un prix consistant en un chandelier, par une personne revêtue d'un vêtement comparable à celui des déportés et portant l'étoile jaune. À cet égard, il rappelle que le requérant avait parfaitement conscience de transgresser les règles puisqu'il a admis que ce sketch était « la plus grosse connerie » qu'il avait faite. Le Gouvernement précise que l'intéressé avait déjà été condamné pour injure raciale, l'assemblée plénière de la Cour de cassation ayant estimé, dans un arrêt du 16 février 2007, que sa déclaration

selon laquelle « les Juifs, c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première » ne relevait pas de la libre critique du fait religieux participant d'un débat d'intérêt général mais constituait une injure visant un groupe de personnes en raison de son origine, dont la répression est une restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique.

2. *Le requérant*

28. Le requérant conteste l'exception d'irrecevabilité tirée de l'article 17 de la Convention, estimant n'avoir en aucun cas propagé des thèses à caractère négationniste ou révisionniste. Il considère avoir seulement mis en lumière et fait parler le « tenant de ces thèses », qui n'a selon lui pas tenu de propos répréhensible et qui n'a d'ailleurs pas été poursuivi. Il explique qu'il connaissait très peu Robert Faurisson malgré son statut de « plus emblématique représentant » du négationnisme, ce qui démontre selon lui qu'il n'était pas adepte de ce courant. Il qualifie de farce la « reconnaissance » conférée par la remise d'un prix ridicule à l'intéressé, par un déporté juif, c'est-à-dire quelqu'un qui à ses yeux n'était pas supposé exister. Il précise que le but était de mettre en évidence l'ostracisation de Robert Faurisson et de montrer que les limites à la liberté d'expression sont, pour la presse et la classe politique, extrêmement réduites puisqu'elles ne peuvent en aucune façon atteindre la « sacralisation absolue du martyr juif ».

29. Par ailleurs, le requérant estime que l'ingérence dans son droit à la liberté d'expression n'était pas prévisible, une mise en scène ne pouvant selon lui constituer une injure en l'absence de disposition spécifique à cet égard dans les textes. Il fait également valoir que les juridictions internes ont négligé les éléments extrinsèques à ses déclarations qui auraient permis de constater que son sketch ne devait pas être lu au premier degré : il rappelle avoir cherché à démontrer qu'en France, toute allusion à la Shoah qui ne va pas dans le sens du respect imposé est vécue comme une agression, tandis que la contestation d'autres génocides est tolérée. Il explique que la remise d'un prix par un déporté à un négationniste était destinée à souligner l'absurdité du projet de faire parrainer un écolier par un enfant mort en déportation. Il ajoute que le costume porté par J.S. n'était pas destiné à témoigner de l'irrespect mais à créer un effet comique, le mot juif cousu sur l'étoile, qui n'était selon lui pas visible du public, ne constituant aucunement une injure. Il précise que l'objet remis en guise de prix n'était pas un chandelier mais la réunion de trois tiges courbes coiffées de pommes, qualifiant de procès d'intention la comparaison faite avec la *Ménorah* utilisée comme symbole dans la religion juive. Enfin, il indique dans ses observations en réponse que le choix de Robert Faurisson répondait à une provocation, après avoir

initialement expliqué dans sa requête qu'il entendait répondre aux termes de la critique de son précédent spectacle faite par Bernard-Henry Lévy, qu'il estimait exagérés.

B. Appréciation par la Cour

1. Les principes généraux

30. La Cour note d'emblée qu'elle n'a pas à se prononcer sur les éléments constitutifs de l'infraction d'injure publique envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée en droit français. Il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit national (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 50, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VII). La Cour a seulement pour tâche de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions rendues par les juridictions nationales compétentes en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Ce faisant, elle doit se convaincre que les autorités nationales se sont fondées sur une appréciation acceptable des faits pertinents (*Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 48, *Recueil* 1998-IV, et *Molnar c. Roumanie* (déc.), n° 16637/06, § 21, 23 octobre 2012).

31. Concernant la liberté d'expression, la Cour rappelle que sa jurisprudence a consacré le caractère éminent et essentiel de celle-ci dans une société démocratique (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24, et *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 41, série A n° 103). La protection conférée par l'article 10 s'applique également à la satire, qui est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter. C'est pourquoi il faut examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste à s'exprimer par ce biais (*Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, n° 68354/01, § 33, 25 janvier 2007).

32. Cependant, la jurisprudence de la Cour a également défini les limites de la liberté d'expression. En particulier, la Cour a jugé que « l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention ; qu'ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés visés (...) » (*Lawless c. Irlande*, 1^{er} juillet 1961, p. 45, § 7, série A n° 3).

33. Ainsi, la Cour a jugé qu'un « propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention » se voit soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 (*Lehideux et Isorni*, précité, §§ 47 et 53). Dans l'affaire *Garaudy c. France* ((déc.), n° 65831/01, CEDH 2003-IX), relative notamment à la condamnation pour contestation de crimes contre l'humanité de l'auteur d'un ouvrage remettant en cause de manière systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive, la Cour a conclu à l'incompatibilité *rationae materiae* avec les dispositions de la Convention du grief qu'en tirait l'intéressé sur le terrain de l'article 10. Elle a fondé cette conclusion sur le constat que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son « but », avaient un caractère négationniste marqué et allaient donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention que sont la justice et la paix ; elle a ensuite déduit de ce constat que le requérant tentait de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention (voir, également, *Witzsch c. Allemagne* (déc.), n° 7485/03, 13 décembre 2005). Auparavant, la Commission européenne des droits de l'homme était parvenue à la même conclusion concernant la condamnation de l'auteur d'une publication qui, sous couvert d'une démonstration technique, visait en réalité à remettre en cause l'existence de l'usage de chambres à gaz pour une extermination humaine de masse (*Marais c. France*, n° 31159/96, décision de la Commission du 24 juin 1996, Décisions et rapports 86-A, p. 184). D'autres décisions de la Cour, notamment dans les affaires *Norwood c. Royaume-Uni* ((déc.), n° 23131/03, CEDH 2004-XI) et *Pavel Ivanov c. Russie* ((déc.), n° 35222/04, 20 février 2007), ont concerné l'usage de la liberté d'expression dans des buts respectivement islamophobe et antisémite.

2. L'application des principes susmentionnés au cas d'espèce

34. En l'espèce, la Cour note que les juridictions internes ont condamné le requérant pour injure raciste. Elles ont constaté que l'intéressé avait honoré publiquement une personne connue pour ses thèses négationnistes et lui avait fait remettre, par un comédien caricaturant un déporté juif, un objet ridiculisant un symbole de la religion juive, après avoir annoncé en préambule son désir de « faire mieux » que lors d'un précédent spectacle, qui aurait été qualifié de « plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale ». Les juges ont considéré que cette scène, présentée par le requérant comme une « quenelle », expression évoquant selon la cour d'appel la sodomie, était adressée aux personnes d'origine ou de confession juive dans leur ensemble.

35. La Cour estime que ce constat des juges internes est fondé sur une appréciation des faits qu'elle peut partager. En particulier, elle n'a aucun doute quant à la teneur fortement antisémite du passage litigieux du spectacle du requérant. Elle remarque que ce dernier a honoré une personne connue et condamnée en France pour ses thèses négationnistes, en le faisant applaudir avec « cœur » par le public et en lui faisant remettre le « prix de l'inféquentabilité et de l'insolence ». Elle note, tout comme le tribunal correctionnel, que ces postures et ces termes revêtent indéniablement un caractère positif dans l'esprit du requérant.

36. La Cour observe que ce dernier, loin de se désolidariser du discours de son invité, soutient que celui-ci n'aurait tenu aucun propos révisionniste lors de cette scène. La Cour ne peut admettre cet argument. Elle considère au contraire que le fait de qualifier d'« affirmationnistes » ceux qui l'accusent d'être négationniste a constitué pour Robert Faurisson une incitation claire à mettre sur le même plan des « faits historiques clairement établis » (*Lehideux et Isorni*, précité, § 47) et une thèse dont l'expression est prohibée en droit français et se voit soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10 (*ibidem*). La Cour remarque également que l'invitation faite à l'auditoire d'orthographier le mot librement avait manifestement pour but, au moyen d'un jeu de mots, d'inciter le public à considérer les tenants de cette vérité historique comme étant animés par des motivations « sionistes », ce qui renvoie à un argumentaire que l'on peut retrouver dans des thèses négationnistes, le terme renvoyant par ailleurs à une thématique récurrente chez le requérant qui a fait de l'antisionisme l'un de ses engagements politiques principaux (paragraphe 3 ci-dessus). Elle note que ce dernier a indiqué, au cours de l'enquête, qu'il avait été convenu que les déclarations de Robert Faurisson auraient un contenu différent (paragraphe 12 ci-dessus). Cependant, elle relève que la citation projetée d'un extrait de l'œuvre de Louis-Ferdinand Céline (paragraphe 10 et 12 ci-dessus) n'aurait pas été de nature, dans le contexte de la mise en scène décrite précédemment, à atténuer le caractère insultant de ce passage du spectacle pour les personnes de confession ou d'origine juive. La Cour relève encore que la désignation du costume de déporté revêtu par J.S. par l'expression « habit de lumière » témoignait *a minima* d'un mépris affiché par le requérant à l'égard des victimes de la Shoah, ajoutant ainsi à la dimension offensante de l'ensemble de la scène.

37. La Cour rappelle que, dans le cadre de l'article 10 de la Convention, il convient d'examiner les propos litigieux à la lumière des circonstances et de l'ensemble du contexte de l'affaire (voir, parmi beaucoup d'autres, *Lingens*, précité, § 40, et *Morice c. France* [GC], n° 29369/10, § 162, CEDH 2015). À cet égard, elle ne partage pas non plus l'argument du requérant selon lequel les juridictions internes ont à tort interprété le « sketch » au premier

degré, sans rechercher les éléments extrinsèques suggérant une interprétation contraire. Elle remarque que l'intéressé est un humoriste ayant marqué son fort engagement politique en se portant candidat à plusieurs élections (paragraphe 3 ci-dessus). Elle constate également qu'au moment des faits litigieux, il avait déjà été condamné pour injure raciale (paragraphe 27 ci-dessus). Elle estime donc que les éléments de contexte, pas plus que les propos effectivement tenus sur scène, n'étaient de nature à témoigner d'une quelconque volonté de l'humoriste de dénigrer les thèses de son invité ou de dénoncer l'antisémitisme. Elle relève qu'au contraire, le comédien jouant le rôle du déporté a lui-même déclaré ne pas avoir été surpris par la décision de faire monter sur scène Robert Faurisson, compte tenu des choix exprimés depuis deux ans par le requérant à travers ses apparitions publiques, notamment son rapprochement avec le président de l'époque du Front national (paragraphe 10 ci-dessus). À ce titre, la Cour observe que les réactions du public montrent que la portée antisémite et révisionniste de la scène a été perçue par les spectateurs (ou au moins certains d'entre eux) de la même manière que par les juges nationaux, la phrase « Faurisson a raison » ayant notamment été criée (paragraphe 8 ci-dessus).

38. Enfin, et surtout, la Cour constate que le requérant ne s'est pas expliqué dans ses observations en réponse au Gouvernement sur son désir, annoncé en préambule de la scène litigieuse et souligné par les juges nationaux, de surpasser son précédent spectacle qui aurait été qualifié par un observateur de « plus grand meeting antisémite depuis la dernière guerre mondiale ». Elle observe que cette indication a nécessairement orienté la perception par le public de la suite de la représentation, celle-ci ne pouvant être interprétée qu'en tenant compte de la volonté exprimée par son auteur de « faire mieux » en matière d'antisémitisme. Elle relève de plus que, devant les juridictions internes, le requérant s'est contenté de faire allusion à ce préambule en invoquant l'excuse de provocation pour justifier l'injure raciste pour laquelle il était poursuivi. Dans sa requête, il a repris cet argument en indiquant avoir répondu à la « provocation » de l'observateur cité, en reprenant les termes de sa critique, qu'il estimait exagérés et en invitant Robert Faurisson sur scène.

39. La Cour considère ainsi, à l'instar de la cour d'appel, qu'au cours du passage litigieux, la soirée avait perdu son caractère de spectacle de divertissement pour devenir un meeting. Le requérant ne saurait prétendre, dans les circonstances particulières de l'espèce et au regard de l'ensemble du contexte de l'affaire, avoir agi en qualité d'artiste ayant le droit de s'exprimer par le biais de la satire, de l'humour et de la provocation. En effet, sous couvert d'une représentation humoristique, il a invité l'un des négationnistes français les plus connus, condamné un an auparavant pour contestation de crime contre l'humanité, pour l'honorer et lui donner la parole. En outre, dans le

cadre d'une mise en scène outrageusement grotesque, il a fait intervenir un figurant jouant le rôle d'un déporté juif des camps de concentration, chargé de remettre un prix à Robert Faurisson. Dans cette valorisation du négationnisme à travers la place centrale donnée à l'intervention de Robert Faurisson et dans la mise en position avilissante des victimes juives des déportations face à celui qui nie leur extermination, la Cour voit une démonstration de haine et d'antisémitisme, ainsi que la remise en cause de l'Holocauste. Elle ne saurait accepter que l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son préambule, à savoir la justice et la paix, soit assimilée à un spectacle, même satirique ou provocateur, qui relèverait de la protection de l'article 10 de la Convention.

40. En outre, la Cour souligne que si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte (voir également, *mutatis mutandis*, *Marais*, décision précitée, pour le recours à une démonstration prétendument technique). Elle ne mérite donc pas la protection de l'article 10 de la Convention.

41. Partant, dès lors que les faits litigieux, tant dans leur contenu que dans leur tonalité générale, et donc dans leur but, ont un caractère négationniste et antisémite marqué, la Cour considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention et qui, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention (voir notamment, *mutatis mutandis*, les décisions *Marais*, *Garaudy* et *Witzsch* précitées).

42. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10. Il s'ensuit que la requête doit être rejetée comme étant incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, conformément à l'article 35 §§ 3 a) et 4.

Par ces motifs, la Cour, à la majorité,
Déclare la requête irrecevable.

Milan Blaško
Greffier adjoint

Josep Casadevall
Président

M'BALA M'BALA v. FRANCE
(Application no. 25239/13)

FIFTH SECTION

DECISION OF 20 OCTOBER 2015¹

1. Translation; original French. Extracts.

SUMMARY¹**Conviction of comedian for conveying negationist and anti-Semitic ideas during show**

Pursuant to Article 17 of the Convention, a comedian who performs a show of which the content and general tone, and therefore the aim, are markedly negationist and anti-Semitic in nature, cannot enjoy the protection of Article 10 of the Convention. To accept the comedian's right to freedom of expression in those circumstances would contribute to the destruction of the rights and freedoms secured by the Convention (see paragraphs 41 and 42 of the decision).

Articles 10 and 17

Freedom of expression – Prohibition of abuse of rights – Conviction of comedian for conveying negationist and anti-Semitic ideas during show – Demonstration of hatred and anti-Semitism – Holocaust denial – Ideology at odds with fundamental Convention values of justice and peace and not to be treated as entertainment, however satirical or provocative – Applicability of Article 17 – Inability to enjoy protection of Article 10

*

* *

Facts

In December 2008 the applicant, who is a comedian using the pseudonym “Dieudonné” and who has engaged in political activities, put on a performance in which he invited an academic who had received a number of convictions in France for his negationist and revisionist opinions, mainly his denial of the existence of the gas chambers in Nazi concentration camps, to join him on stage at the end of the show. The applicant called up an actor wearing what was described as a “garment of light” – a pair of striped pyjamas reminiscent of the clothing worn by Jewish deportees, with a stitched-on yellow star bearing the word “Jew” – to award the academic a “prize for unfrequentability and insolence”. The prize took the form of a three-branched candlestick (the seven-branch candlestick being an emblem of the Jewish religion), with an apple crowning each branch.

The incident was recorded by the police. In October 2009 the *tribunal de grande instance* found the applicant guilty of proffering a public insult directed at a person or group of persons on account of their origin or of their belonging, or not belonging, to a given ethnic community, nation, race or religion, specifically in this case persons of Jewish origin or faith. The court sentenced him to a fine of

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

10,000 euros (EUR), awarding a token euro in damages to each civil party. The Court of Appeal upheld the judgment and the Court of Cassation dismissed the applicant's appeal on points of law.

Law

Articles 10 and 17: Like the domestic courts, the Court had no doubt about the highly anti-Semitic content of the offending part of the applicant's show, as he had paid tribute to an individual who was well known in France for his negationist views, for which he had been convicted, and had encouraged the audience to applaud the guest "heartily" as he came on stage to be awarded a "prize".

The applicant, far from distancing himself from his guest's views, had merely argued that the academic had not expressed any revisionist remarks during the sketch in question. The Court took the view, by contrast, that the fact of describing as "affirmationists" those who had accused the academic of being a negationist was a clear indication on the part of the academic that he was putting "well-established historical facts" on the same plane as a position which was prohibited under French law and which was removed from the protection of Article 10 by the effect of Article 17. An invitation to the audience to attribute a different spelling to "*affirmationnistes*" had revealed the aim, through a play on words, of inciting the audience to regard the proponents of the historical truth as being driven by "Zionist" ("*sionistes*") motives. The applicant himself had made anti-Zionism one of his main political causes. He had indicated, during the ensuing investigation, that it had been agreed that the academic's remarks would have a different content. However, among other things, the description of a deportee's costume as a "garment of light" at the very least reflected a certain contempt on the part of the applicant for the victims of the Holocaust, thereby adding to the offensive dimension of the scene as a whole.

The applicant was a comedian who had displayed his strong political commitment by standing for election a number of times. At the material time he had already been convicted for proffering a racial insult. There was thus no evidence, in the light both of the background and of the remarks actually made on stage, to suggest that the comedian had had any intention of denigrating the views of his guest or of denouncing anti-Semitism. On the contrary, the actor playing the role of a deportee had himself stated that he was not surprised by the decision to call the academic onto the stage, in view of the positions taken by the applicant in public over the previous two years, particularly his collaboration with the then Chairman of the Front National party. The audience's reaction had indeed shown that the anti-Semitic nature of the scene had been perceived as such by them (or at least some of them), this also being the perception of the domestic courts.

Lastly, and above all, the applicant had not explained why he had wished to "do better" than in one of his previous performances which had allegedly been described by an observer as "the biggest anti-Semitic rally since the Second World War". That statement had necessarily guided the audience's perception of what they were going

to see. The applicant had sought to use the defence of provocation to justify the racial insult with which he had been charged.

The Court thus took the view that, during the offending scene, the performance had ceased to constitute a form of entertainment and had taken on the appearance of a political rally. The applicant could not claim, in the particular circumstances and in the light of the whole context of the case, that he had acted in his capacity as an artist with the right to express himself using satire, humour and provocation. Under cover of a comic sketch, he had called upon one of the best known French negationists, who had been convicted a year earlier for calling into question crimes against humanity, in order to pay tribute to him and give him a platform. Thus, in the context of a preposterously grotesque *mise en scène*, he had brought onto the stage an actor, dressed as a Jewish deportee, to award a prize to the academic. In this promotion of negationism, through the key position given to the guest's appearance and the degrading portrayal of Jewish deportation victims faced with a man who denied their extermination, the Court saw a demonstration of hatred and anti-Semitism and support for Holocaust denial. In the Court's view, the expression of an ideology which was at odds with the basic values of the Convention, as stated in its Preamble, namely justice and peace, could not be regarded as a performance which, however satirical or provocative, fell within the protection of Article 10 of the Convention.

The Court further observed that while Article 17 of the Convention had in principle been applied in previous cases to explicit and direct remarks which did not require any interpretation, it was convinced that a blatant display of hatred and anti-Semitism disguised as an artistic production was as dangerous as a fully-fledged and sharp attack. It did not therefore warrant protection under Article 10 of the Convention.

Accordingly, since the acts in issue were unmistakably negationist and anti-Semitic in nature, both in their content and in their general tone, and thus in their aim, the Court found that the applicant had sought to deflect Article 10 from its real purpose by using his right to freedom of expression for ends which were incompatible with the letter and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of Convention rights and freedoms.

Consequently, pursuant to Article 17 of the Convention, the applicant was not entitled to the protection of Article 10.

Conclusion: inadmissible (incompatible *ratione materiae*).

Case-law cited by the Court

Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX

Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, Series A no. 24

Incal v. Turkey, 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV

Ivanov v. Russia (dec.), no. 35222/04, 20 February 2007

Lawless v. Ireland (no. 3), 1 July 1961, Series A no. 3

- Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, *Reports* 1998-VII
Lingens v. Austria, 8 July 1986, Series A no. 103
Marais v. France, no. 31159/96, Commission Decision of
24 June 1996, Decisions and Reports 86-B
Molnar v. Romania (dec.), no. 16637/06, 23 October 2012
Morice v. France [GC], no. 29369/10, ECHR 2015
Norwood v. the United Kingdom (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI
Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, no. 68354/01, 25 January 2007
Witzsch v. Germany (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005

In the case of M'Bala M'Bala v. France,

The European Court of Human Rights (Fifth Section), sitting on 20 October 2015 as a Chamber composed of:

Josep Casadevall, *President*,
Angelika Nußberger,
Boštjan M. Zupančič,
Vincent A. De Gaetano,
André Potocki,
Helena Jäderblom,
Síofra O'Leary, *judges*,

and Milan Blaško, *Deputy Section Registrar*,

Having regard to the above application lodged on 10 April 2013,

Having regard to the observations submitted by the respondent Government and the observations in reply submitted by the applicant,

Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

1. The applicant, Mr Dieudonné M'Bala M'Bala, is a French national, who was born in 1966 and lives in Paris. He was represented before the Court by Mr J. Verdier, a lawyer practising in Aurillac.

2. The French Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr F. Alabrune, Director of Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs.

A. The circumstances of the case

3. The applicant is a comedian, known by the stage name "Dieudonné". He has also engaged in political activities; *inter alia*, he stood as a candidate in the European Parliament elections in 2004 ("EuroPalestine list") and 2009 ("anti-Zionist list").

4. On 26 December 2008 he staged a performance at the Zénith venue in Paris in the context of a show entitled "*J'ai fait l'con*" ("I've been a naughty boy").

5. At the end of the show he invited Robert Faurisson to join him on stage and to be applauded by the audience. Mr Faurisson has received a number of convictions in France for his negationist or revisionist opinions, mainly his denial of the existence of gas chambers in the Nazi concentration camps. In particular, he was convicted on 4 July 2007 by the Paris Court of Appeal for denial of a crime against humanity. The applicant called on an

actor wearing a pair of striped pyjamas with a stitched-on Star of David to award Mr Faurisson a “prize for unfrequentability and insolence”.

6. The incident was recorded by the police, who also noted the presence of Jean-Marie Le Pen, then Chairman of the Front National party, who was watching the show from a wing, separated from the rest of the audience.

7. On 29 December 2008 the public prosecutor at the Paris *tribunal de grande instance* opened a preliminary investigation into the facts which he entrusted to the criminal-investigation department of the police.

8. The investigators found footage of the relevant part of the show on an online video-sharing website. They transcribed the dialogue as follows.

“Dieudonné: You know, the Zénith is always a pretty important event for me every year, so whenever I want to do it, it gets harder each time. I said to myself: I’ve still got to find an idea for the Zénith this time – an idea to slide it up ‘em [*pour leur glisser une quenelle*] in a big way.

Well I got thinking – it does happen sometimes – and found a bit of inspiration in the very complimentary review by Bernard H (*inaudible – boos in the audience*) who described the event at the Zénith, the show, that performance, that event at the Zénith, as the biggest anti-Semitic rally since the Second World War, so he clearly left me a bit of room for improvement, because I said to myself, I’ll have to do better this time, won’t I? So if you want to take part in what is called a collective ‘up yours’ [*glissage de quenelle*], I’m going to call up someone who’s going to drive them bananas – you’d like that, wouldn’t you? (*noisy approval in audience*). So the person who’s about to come on stage is a scandal in his own right, I’m warning you already ... he’s probably the most unfrequentable person in France (*shouts in the room: ‘Sarkozy’*). Sarkozy, he’s kosher, he’s become frequentable – but tomorrow morning all that will be remembered of tonight’s performance is the moment when this man came on stage; he was beaten up by the Israeli occupation militias, the BETAR and the LDJ, he was left for dead by the side of the road and the man, incidentally, who saved his life, who took him to hospital, that man was forced to apologise for what he did in the papers. This bloke – I didn’t know him until a few years ago, and still don’t know him very well – I know he’s the most unfrequentable person, so I said to myself, if we want to do something, something big, because they’re here, the press are with us, so tomorrow ... (*boos in the audience*). Listen, the best way to get back at them is to welcome a man who started out in poetry before expounding the ideas for which he is known. A big round of applause for Mr Robert Faurisson ... (*applause*) clap harder, harder, put more into it, more, more (*Mr Faurisson enters, embraces Dieudonné*). Well, well, there’s one thing that’s clear, your applause will resound tomorrow morning in the media, quite a long way ... Robert I think you fully deserve this prize ... Yes, the sketch, the sketch, would not be complete – if Jacky, I’m going to ask Jacky, my loyal technician, to award Robert the prize for unfrequentability and insolence, Jacky, in his garment of light. Photographers shoot away ...! (*an individual wearing a pair of checked pyjamas with a Star of David enters and hands Mr Faurisson an object bearing three apples*). Just look at that scandal – like it – round of applause ... (*shouts in the audience: ‘Faurisson is right’, ‘he’s a winner’*).

Robert Faurisson: A word, and maybe more than a word, '*zumbel*' to start with, to you Jacky, to Pierre Panet, to Sandra, I think. Listen, you've told us 'I've been a naughty boy'. No doubt ... but tonight you're really asking for it.

Dieudonné: Yeah, I think so, it's the stupidest thing I've ever done, probably. But life is short – very short – let's mess around and be disobedient as much as possible.

Robert Faurisson: Thanks, because I'm really not used to this kind of welcome – I'm supposed to be a gangster of history. It was *Le Monde* which said that and *Le Monde* is always right (*shouts in the audience*: 'Jacques Mesrine'). You're right anyway to say that I've been subjected to special treatment ten times. Including one time when I even almost got myself killed – and, can you believe it, the man who saved me without knowing who I was, when he found out, the next day, he told the police that he regretted having saved my life.

Dieudonné: He was beaten up by the Zionist militias, who are very busy. ... (*shouts in the audience*: 'Bastard!').

Robert Faurisson: Can I just add something...

Dieudonné: Yes, no problem Robert, the musicians are getting ready, we're going to end with a *zumbel* by way of freedom of expression...

Robert Faurisson: I can get you into trouble...

Dieudonné: Euh...Yes... you can... Freedom of expression.

Robert Faurisson: We're going... Well... You don't know what I say or what I believe. Some of you or most of you don't know, or only know what the media dare to say about me, all those stupidities they attribute to revisionists. You know that in France there's a special law that will be used to send our friend to the seventeenth division before long, as it's been used against me – so many times I've lost count. I can simply tell you this, that I have no right to... It's the law, as you were rightly saying.

I have no right to tell you what revisionism, what those people call negationism, actually is (*applause*) but I can tell you... Yes, if they're so keen on calling me a negationist, I'll call them 'affirmationists' – and you can spell that word as you please (*applause*). That's it... listen to me... it's been thirty-four years now, 1974-1998 [*sic*] that I've been treated in my country like a Palestinian. I've been treated like a Palestinian and I can't stop myself supporting their cause (*shouts and applause in the audience*). I have no political opinion but I found it moving what you said at the end about Palestine (*shouts in the audience*: 'Long live Palestine').

Dieudonné: I can confirm our undying support for Palestine; I'm going to ask the musicians now to get ready because unfortunately we're coming to the end. In any event, your presence here, our handshake, is already a scandal in itself – tomorrow it will be in the news and you'll be able, no doubt, to follow the debate. Freedom of expression – thank you all, thanks for your solidarity, I salute you all, I doff my hat to you. Freedom of expression. Thank you, thanks for your solidarity. All the best, hat tip to you all. Freedom of expression."

9. The investigators interviewed J.S., the sound and lighting technician during the show. He said that he would come on stage during each performance for a sketch in which the applicant reacted to a proposal by Nicolas Sarkozy, then President of France, to have every primary-school pupil in the CM2 class “sponsor” a child who died in the concentration camps. He added that, at this point in the show, he would come on stage wearing a pair of striped pyjamas with a sewn-on yellow star, but stated that he was not keen on wearing such a costume, finding it ridiculous. The applicant had told him “it’s the law, ... a member of the theatre must wear the costume of a Jewish deportee, it’s obligatory. Let’s not forget that the Jews have suffered”, to which J.S. had replied “Jews have suffered as much as the others” and the applicant had shown him “that they had suffered a lot more”. The applicant had then explained that J.S. had been chosen to wear the costume because he was the “skinniest” and that he had asked him to say to the audience “never forget” before leaving the stage.

10. J.S. also explained that he had made the costume himself using a pair of pyjamas that he had bought at the Bazar de l’Hôtel de Ville, stating that he regretted that it resembled concentration-camp clothing but there was not much choice in the shop. He added that the applicant had intended and announced a “surprise” for the show at the Zénith on 26 December 2008. He said that he was not surprised to see Robert Faurisson called on stage, in view of the “direction taken by Dieudonné over the past two years in his public appearances” (he took part in a “blue, white and red” rally with Jean-Marie Le Pen on the evening of the first round of the presidential elections and asked Mr Le Pen to be godfather to his daughter). J.S. further stated that he was to keep his deportee’s costume on when giving a prize to Robert Faurisson, who was supposed to “recite Céline” and to declare that he wished after his death to have his corpse stuffed and put on display at Saint-Lazare Station. He lastly claimed to have regretted acting the scene, as he had not appreciated the way the applicant had encouraged the audience to cheer the guest or the remarks made by the latter.

11. The detectives found on the Internet a recording of a performance of the applicant’s show on 1 January 2009, during which he had a discussion with J.S. about the sketch in question. The applicant had made the following remarks in particular:

“The *quenelle* I’ve just slid up ‘em, ..., it’s a finely crafted media bomb of my own making ...

For the material I had to do better than Le Pen... Yeah, you can’t strike twice with the same person. I’m not in the Front National, I don’t give a damn about all that, but he’s a nice bloke, we did have fun, but anyway... so it wasn’t easy to find someone as unfrequentable as Le Pen, in other words, almost totally unfrequentable... I had to

go round looking through all the rubbish heaps of show business, and it took me two months to find him: he was just there, all by himself in the middle of the lettuce leaves. A gem, the chosen one.”

12. On 27 January 2009 the applicant was interviewed by the detectives. He explained that he had wanted his Zénith show to be memorable, by associating a symbol of unfrequentability with his own image of “media pariah”. He said that he was aware of Robert Faurisson’s “diabolical” reputation but had not initially known what had caused it. The only idea mentioned to him by Faurisson was the fact that the latter had questioned the deportation of black slaves in Gorée. He claimed that he had found out later, on the Internet, between his first meeting with Robert Faurisson and the latter’s appearance on stage, that he also contested the existence of the gas chambers. He confirmed that the intention had been for his guest to express the wish for his corpse to be stuffed and displayed at Saint-Lazare Station and to recite Céline. He stated that he had nevertheless left him some freedom of expression and had not heard him say anything shocking, merely regretting that he had not been funny enough. He had wanted to have the prize for unfrequentability awarded to his guest by J.S. wearing a deportee’s costume as it was a provocative image. Robert Faurisson had not been informed about it beforehand. As regards the candlestick with three apples given to the latter, the applicant stated that it was the most unfashionable and ridiculous idea he had found. Lastly, he explained that he had the impression of belonging to an underclass, in view of the public’s lack of interest in Faurisson’s contestation of the slave trade.

13. On 27 March 2009 the public prosecutor summoned the applicant to appear before the Paris *tribunal de grande instance* on a charge of proffering a public insult (*injurer publique*) directed at a person or group of persons on account of their origin or of belonging, or not belonging, to a given ethnic community, nation, race or religion, by one of the means provided for in section 23 of the Law of 29 July 1881 on freedom of the press. The charge concerned his use, by gestures or speech on the stage of the theatre Le Zénith, of any offensive expression, contemptuous or insulting language, and specifically the following remarks:

“You know, the Zénith is always a pretty important event for me every year, so whenever I want to do it, it gets harder each time. I said to myself: I’ve still got to find an idea for the Zénith this time – an idea to slide it up ‘em [*pour leur glisser une quenelle*] in a big way.

Well I got thinking – it does happen sometimes – and found a bit of inspiration in the very complimentary review by Bernard H (*inaudible – boos in the audience*) who described the event at the Zénith, the show, that performance, that event at the Zénith, as the biggest anti-Semitic rally since the Second World War. So he clearly left me a

bit of room for improvement, because I said to myself, I'll have to do better this time, won't I? ..."

The summons indicated that these remarks had to be understood in the light of the sketch consisting:

– in calling onto the stage an actor dressed as a Jewish deportee, wearing a costume resembling that of the concentration-camp deportees (pyjamas and yellow star – bearing the word 'Jew' – sewn onto the chest);

– in order to award Robert Faurisson, supporter of negationism, whose ideas call into question the existence of the gas chambers and deny the reality of the Holocaust;

– a 'prize for unfrequentability and insolence', represented by a *three-branch candlestick* bearing three apples."

14. The association SOS Racisme – Touche pas à mon pote, the Movement against Racism and for Friendship between Peoples (*Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples*), the International League against Racism and Anti-Semitism, the League for the Defence of Human and Citizens' Rights (*Ligue pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*), the association J'accuse... ! Action internationale pour la justice, the Union of Jewish Students of France (*Union des étudiants juifs de France*), the associations B'Nai B'Rith – Hatikva, B'Nai B'Rith – David Ben Gourion, Tsedek, the National Bureau for Vigilance against Antisemitism (*Bureau national de vigilance contre l'antisémitisme*), Agir ensemble pour la République dans la République, B'Nai B'Rith – Deborah Sam Hoffenberg and HCCDA ! (Halte à la censure, à la corruption, au despotisme, à l'arbitraire!), together with the individuals J.B and G.P., applied to join the proceedings as civil parties.

15. On 27 October 2009 the Paris *tribunal de grande instance* found the applicant guilty as charged and sentenced him to a fine of 10,000 euros (EUR), awarding a token euro in damages to each of the eight civil parties whose applications to join the proceedings had been declared admissible. As an additional penalty the Court also ordered the publication, at the applicant's expense and not exceeding EUR 3,000, of a notice in the daily newspapers *Le Monde* and *Le Parisien – Aujourd'hui en France* to read as follows.

"In a judgment of 27 October 2009 of the Paris Criminal Court (Seventeenth Division/Press Division), Dieudonné M'Bala M'Bala was found guilty on a charge of proffering a public insult directed at a person or group of persons on account of their origin or of belonging, or not belonging, to a given ethnic community, nation, race or religion, in this instance persons of Jewish faith or origin, on account of remarks made publicly in the venue Le Zénith on 26 December 2008, the proceedings having been brought by the public prosecutor, sentenced him [*sic*] to a fine and awarded damages

to various associations engaged in combatting racism, as declared in their constitutions, and which had joined the proceedings as civil parties.”

16. The court gave the following reasoning for its decision.

“In the impugned remarks, Dieudonné M’Bala M’Bala introduced what was to follow by explaining to his audience his underlying intention. Noting that the previous show he had done in the same venue had been described – by someone whose name was rendered inaudible by the boos in the audience, but whom the defendant has identified as Bernard-Henri Levy – as the ‘biggest anti-Semitic rally since the Second World War’, he said that he had decided to ‘do better’ than on that previous occasion; he can be understood as meaning the opposite here and his stated ambition was in fact to do worse. Dieudonné M’Bala M’Bala went on to explain that his ultimate objective was to ‘slide it up ‘em [*pour leur glisser une quenelle*] in a big way’; this colourful expression conjures up – quite clearly, even though it appears to have been specifically coined by the defendant – imagery relating to scatology and sodomy.

He did not, however, explain who was supposed to be the victim of the ‘*glissage de quenelle*’, to quote the expression he used a few seconds later, but told the audience that he was targeting the ‘media’ and that the ‘*quenelle*’ was intended to undermine their ‘foundation’.

It transpired from what followed, however, that he was in fact targeting a different group.

Dieudonné M’Bala M’Bala revealed his idea to the audience and explained that it would enable him to fulfil his aim of *doing worse* than the previous year, while remaining in the register, that had been attributed to him on that occasion, of extreme anti-Semitism. He announced that he had invited ‘the most unfrequentable person in France’, whom he presented as the victim of ‘Israeli occupation militias’ (he was later to say ‘Zionist militias’) and, in an encrypted expression, as the man who has ‘develop[ed] the positions which have become his hallmark’. It was thus Robert Faurisson whom he introduced and had the audience applaud, before awarding him the ‘prize for unfrequentability and insolence’.

In doing so, he could be referring only to what that former academic had become famous for, namely the negation of the genocide perpetrated against Jews by the Nazi regime.

Dieudonné M’Bala M’Bala stated, in that connection, in the course of the investigation conducted by the public prosecutor’s office, then at the hearing, that he had been unaware that Robert Faurisson was, in France, one of the main supporters of negationist theories and in particular that he had been convicted for the offence provided for in section 24 *bis* of the Freedom of the Press Act. He stated that he had, on the contrary, been familiar with the man he had chosen as his guest for his contestation of the fact that the so-called slave house in Gorée, Senegal, had been the place where victims of the slave trade had embarked. That statement is, however, devoid of any likelihood, in view both of the notoriety of Robert Faurisson’s negationism and of the defendant’s stated objective.

Dieudonné M'Bala M'Bala cannot seriously claim that he was seeking to *do worse* in terms of anti-Semitism – as he announced to his audience in the offending remarks – and more generally to engage in the most extreme provocation – by looking for and finding a person ‘more unfrequentable than Le Pen’ to quote the words that he used on 1 January 2009 when commenting on his show at the Zénith, ... but that to that end he had invited someone who had only made some hypothetical comments to deny, not the reality of the Western slave trade, as he erroneously suggested, but the authenticity of one of its emblematic places.

Moreover, the very name given to the prize that he was awarding to Robert Faurisson reflects positive values in the view of the defendant – who presents himself as a victim, also being ‘unfrequentable’, of the powerful and of the supporters of commonly accepted ideas –, as in that of the audience, which was won over by that very stance.

Lastly, while a *mise en scène* cannot in itself constitute the medium of an insult, this means of publicity not being provided for by the above-cited section 23 of the Law, it must also be pointed out that the defendant chose, for the awarding of a ‘prize for unfrequentability and insolence’ to Robert Faurisson, a person wearing a pair of striped pyjamas on which was stitched a yellow star bearing the word ‘Jew’ – and this star certainly does characterise, for its part, a written medium displayed in a public meeting, within the meaning of the statutory provision – and to give material form to that prize, an emblem which was also displayed to the audience, namely a three-branch candlestick with an apple placed on each branch.

Dieudonné M'Bala M'Bala admitted to the detectives that this deportee's costume, already used by the same actor in his show, had been chosen because it constituted the ‘most effective’ provocation, and that the candlestick was the ‘most unfashionable’ and ‘most ridiculous’ prop that he could find. He changed his statement at the hearing, however, claiming that the costume had been used for the sake of convenience and to avoid finding another one, and that the candlestick had been found in a dressing room.

As a professional entertainer ..., the defendant cannot, in any event, seriously contend that the circumstances had been left to chance and determined by purely material considerations. The double choice of, on the one hand, a candlestick – an object which, with seven branches, is an emblem of the Jewish religion and which was debased by being reduced to three branches, with apples substituted for candles – and, on the other, a costume resembling the clothing worn by Jewish deportees in Nazi concentration camps – moreover described as a ‘garment of light’ – meaningfully reflected, for the audience present at the public rally, the ambition expressly stated in the impugned remarks, as made just before the sketch, to attain a paroxysm of anti-Semitism.

The defendant's intention was thus to undermine the ‘foundation’ of the Jewish people – the real target of his so-called ‘*glissage de quenelle*’ – when he welcomed on stage an individual known to the public solely for his negationist views, while introducing him as the hero of positive values and having him presented with an award, in the form of a debased emblem of that community, by a character casting ridicule on the Jewish victims of the very crimes that the person thus honoured had denied.

The offending remarks are, in those circumstances, and as the public prosecutor and the civil party have argued quite rightly, both contemptuous and insulting *vis-à-vis* persons of Jewish origin or faith.

It cannot be argued, as did the defendant at the outset, that those remarks contained the imputation of a precise fact, since the allegation in question, the ‘intention of organising an anti-Semitic rally’, which is in fact a pertinent analysis of his own remarks, had been made against him – this being a fact that he attributes to himself, even though he is the defendant and not a civil party – rather than against persons of Jewish confession or faith, to whom no particular conduct was attributed.

The defence of provocation used by Dieudonné M’Bala M’Bala also has to be rejected, as he has failed to show that any person actually described one of his previous shows, two years before, as an anti-Semitic rally, or that such a value judgment, if indeed made, could be characterised as a provocation within the meaning of section 33, paragraph 2, of the Law of 29 July 1881 on freedom of the press, such as to explain or even justify the impugned insult, which by contrast had a precise target, namely individuals of Jewish origin or faith.

Nor can Dieudonné M’Bala M’Bala hide behind the pretext of comedy. Caricature and satire – even of a deliberately provocative or vulgar nature – clearly fall, in a democratic society, within the realm of freedom of expression and creation, involving the free communication of ideas and opinions. Moreover, it is not for the court – which cannot judge the quality of a performance, even though it would suggest that, according to the video-recording, the audience did not find the remarks particularly funny – to determine whether or not the impugned remarks sought to remain within the register of the comedy show that they were bringing to a conclusion. It must be pointed out, however, that the right to humour has certain limits, and in particular that of respect for the dignity of the human person.

In the present case, by announcing his wish to push anti-Semitic provocation to its paroxysm and by publicly paying tribute, to that end, to an individual known for his negationist ideas, calling him on stage to be awarded, by an actor representing a caricature of a Jewish deportee, an object ridiculing a symbol of Judaism, the defendant excessively overstepped the permissible limits of the right to humour.

Lastly, it should be observed that, contrary to what is suggested at various points during the impugned sketch, when mention is made of ‘Israeli occupation militias’, ‘Zionist militias’ and ‘undying support for Palestine’, the offending remarks do not fall within the free expression of a political view on the conflict between Israel and the Palestinians, since the target of the insult in issue was without doubt the entire people of Jewish origin or faith, who were insulted solely on account of their origin or religion, and regardless of any political positions on their part.”

17. The applicant and, consecutively, the public prosecutor and seven civil parties appealed against the judgment.

18. In a judgment of 17 March 2011, the Paris Court of Appeal upheld the judgment as to the applicant’s guilt and the sanctions imposed on him,

merely amending the text of the court-ordered notice. The judges gave the following reasoning.

“Referring – as he does not deny – to the writer Bernard-Henri Lévy, who, he said, had accused him of organising at the Zénith ‘the biggest anti-Semitic rally since the Second World War’, Dieudonné M’Bala M’Bala set himself the goal of ‘doing better this time’.

Accompanying his remarks on two occasions by a hand gesture, raising his right hand all the way up his left arm as far as the shoulder, Dieudonné M’Bala M’Bala told the audience that the idea was to ‘slide it up ‘em’ [*leur glisser une quenelle*], a colourful expression clearly evoking sodomy: ‘if it slides, it’s softer, more pleasant than a slap’, to quote his statement before this court.

The court cannot accept the defendant’s submission that his message was not aimed ‘at a group of people, namely the Jewish community, but to some of its representatives with whom he was engaged in a dispute, and in particular the columnist from the weekly magazine *Le Point*’, as the remainder of his remarks and the *mise en scène* staged by him showed his wish to target the entire Jewish community.

He thus went on to announce the arrival of an individual who was ‘going to drive them bananas’, ‘a scandal in his own right’, ‘the most unfrequentable person in France’, adding that his guest had been ‘beaten up by the BETAR and the LDJ’, ‘Zionist militias’, and that he expounded ‘the ideas for which he is known’.

There followed the arrival on stage of Robert Faurisson, notorious for his negationist views, for which he has received a number of convictions, to applause from the audience whipped up by Dieudonné M’Bala M’Bala, at which point the performance could no longer be seen as a form of entertainment but rather took on the characteristics of a rally.

As his aim had been to ‘do better’ in matters of anti-Semitism, the defendant could not seriously argue, as he did before the court below and this court, that he knew his guest only through his work casting doubt on the reality of the role played by the island of Gorée in Senegal at the time of the African slave trade.

Giving his introductory remarks their full meaning and significance, Dieudonné M’Bala M’Bala then arranged for the awarding to Robert Faurisson of a ‘prize for insolence and unfrequentability’ by an actor wearing a pair of pyjamas, which he described as a ‘garment of light’, and which clearly resembled the clothing worn by concentration-camp deportees; the addition of a yellow star bearing the word ‘Jew’ sewn onto it removed any ambiguity as to the aim pursued and the community targeted.

If that was not enough, the handing-over of the prize itself, a three-branch candlestick bearing an apple on each branch – ridiculing a symbol of the Jewish religion – completed the set-up.

The so-called ‘*glissage de quenelle*’ announced to the audience, and which had the aim of doing ‘better’ in terms of anti-Semitism was then to take on its full meaning: to deliberately offend against the memory of a community by making a mockery,

through speech, the yellow star – medium for the word 'Jew' – and the symbol of the candlestick handed over by a 'deportee' to a specialist in Holocaust denial, of the deportation and extermination of the Jews by the Nazis in the Second World War, thus constituting, as already found by the court below, a form of expression that was both insulting and contemptuous *vis-à-vis* all persons of Jewish origin or faith, such that the charge of insult is made out.

Moreover, while Dieudonné M'Bala M'Bala has relied on his right to freedom of expression and a kind of 'immunity' that should, in his view, be enjoyed by artistic creation with a comic aim, it should be pointed out that such rights, essential though they may be in a democratic society, are not limitless, particularly where respect for human dignity is at stake, as it was in the present case, and where theatrical acts give way to a demonstration which is no longer in the nature of a performance."

19. The applicant and three civil parties appealed on points of law.

20. In a judgment of 16 October 2012, the Court of Cassation declared inadmissible the appeal by the civil parties and dismissed that of the applicant. It referred to the Court of Appeal's finding that the fact of making a mockery of the deportation and extermination of the Jews by the Nazis in the Second World War, through speech, the yellow star – medium for the word "Jew" – and the symbol of the candlestick handed over by a "deportee" to a specialist in Holocaust denial, had constituted *vis-à-vis* all persons of Jewish origin or faith a form of expression that was both insulting and contemptuous, such that the charge of insult was made out. The Court of Cassation, adding that it was for the courts below to take note of any extrinsic circumstances which gave the remarks in issue an insulting or defamatory meaning, even if they did not have such a nature in themselves, and which were capable of revealing their true meaning, found that the Court of Appeal had legally justified its decision.

...

COMPLAINTS

23. Relying on Articles 7 and 10 of the Convention, the applicant complained of his criminal conviction for proffering a public insult against persons of Jewish origin or faith. He submitted that he had arranged a *mise en scène* during his show and that neither he nor his guest on stage had uttered any remark that could be characterised as an insult or as defamation. He added that, for the first time, the French courts had taken the view that the insult did not stem from one of the means provided for in section 23 of the Law of 29 July 1881, but from a form of context based on an offensive *mise en scène*. He argued that this restriction of his freedom of expression was neither foreseeable nor necessary.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

24. The applicant alleged that his conviction had breached Articles 7 and 10 of the Convention.

25. Being the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case, the Court takes the view that the case should be examined solely under 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. The parties' submissions

1. The Government

26. The Government disputed the applicant's argument. Principally, they requested that the Court find the application inadmissible pursuant to Article 17 of the Convention. They submitted that the applicant's remarks and acts had clearly revealed a racist objective, seeking, as the Paris Court of Appeal had noted, to “deliberately offend against the memory” of the Jewish people. They thus took the view that the applicant was attempting to deflect Article 10 from its real purpose by using freedom of expression for ends that were at odds with the Convention's fundamental values of justice and peace.

27. In the alternative, the Government took the view that Article 10 had not been violated in the present case; the interference was prescribed by law, served a legitimate purpose and was necessary in a democratic society. As regards, more specifically, the foreseeability of the conviction, they pointed out that, according to a long-standing precedent of the Court of Cassation (Criminal Division, 23 November 1907), it was for the courts to note all the extrinsic factual circumstances which gave an offensive significance to writings or printed material not characterised as such in themselves and which were capable of revealing to the public the true meaning. They argued that in the present case the Court of Appeal had established the existence

of an insult by noting the offensive significance of the remarks made by the comedian, on account of the *mise en scène* of which they formed part, and in particular the choice of having a negationist awarded a prize, consisting of a candlestick, by a person dressed in clothing resembling that worn by Nazi concentration-camp inmates and bearing a yellow star. In that connection they pointed out that the applicant was well aware that he was breaking the rules because he had admitted that this sketch was “the stupidest thing” he had ever done. The Government added that he had already been convicted for a racial insult: the plenary Court of Cassation had found, in a judgment of 16 February 2007, that a statement he had made (“Jews, they’re a sect, a fraud. It’s one of the most serious because it was the first”) did not fall within the free criticism of religion contributing to a debate of general interest, but constituted an insult, targeting a group of people on account of their origin, the prohibition of which was a necessary restriction on freedom of expression in a democratic society.

2. *The applicant*

28. The applicant challenged the objection to admissibility under Article 17 of the Convention, arguing that he had not propagated any negationist or revisionist views. He argued that he had merely given a platform to the “supporter of those views”, who, in his opinion, had not expressed any reprehensible remarks and had not in fact been prosecuted in that connection. He explained that he did not know Robert Faurisson very well, in spite of his status as the “most emblematic representative” of negationism, thus showing that he was not a follower of that doctrine. He described as a farce the so-called “recognition” granted by the awarding of a ridiculous prize to his guest, by a Jewish deportee – a figure who, in that guest’s eyes, was not supposed to have existed. He explained that the aim had been to highlight the fact that Robert Faurisson was ostracised and to show that freedom of expression was, for the press and the political class, very tightly circumscribed because such freedom did not apply in relation to the “absolute sacred status of the Jewish martyr”.

29. Moreover, the applicant claimed that the interference with his right to freedom of expression was not foreseeable, as a *mise en scène* could not in his view constitute an insult in the absence of any specific provision to that effect in the legislation. He also argued that the domestic courts had disregarded factors that were external to his remarks and would have shown that his sketch was not to be interpreted in the first degree; he had sought to show that in France any allusion to the Holocaust which ran counter to the requisite respect for the latter was regarded as an aggression, whilst the questioning of other genocides was tolerated. He explained that the

awarding of a prize by a deportee to a negationist had been intended to highlight the absurdity of the idea of having every school pupil “sponsor” a child who died in the concentration camps. He added that the costume worn by J.S. was not intended to show disrespect but to create a comic effect, and that the word “Jew” sewn onto the star, and which in his view was not visible to the audience, did not constitute an insult. He pointed out that the object handed over by way of a prize was not a candlestick but a set of three curved branches with apples on top, and regarded the comparison with the *menorah* – a symbol in the Jewish religion – as a false assumption about his real intentions. Lastly, he stated in his observations in reply that the choice of Robert Faurisson was a response to a provocation, after initially explaining in his application that he was responding to Bernard-Henri Lévy’s criticism – which in his view was exaggerated – of his earlier show.

B. The Court’s assessment

1. General principles

30. The Court would note at the outset that it is not called upon to examine the constituent elements of the offence under French law of proffering a public insult directed at a person or group of persons on account of their origin or of belonging, or not belonging, to a given ethnic community, nation, race or religion. It is in the first place for the national authorities, especially the courts, to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, *Lehideux and Isorni v. France*, 23 September 1998, § 50, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII). The Court’s task is only to review under Article 10 the decisions delivered by the competent domestic courts pursuant to their power of appreciation. In so doing, it must satisfy itself that the national authorities based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts (see *Incal v. Turkey*, 9 June 1998, § 48, *Reports* 1998-IV, and *Molnar v. Romania* (dec.), no. 16637/06, § 21, 23 October 2012).

31. As regards freedom of expression, the Court reiterates its eminent and essential character in a democratic society, as enshrined in its case-law (see *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24, and *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, § 41, Series A no. 103). The protection conferred by Article 10 also applies to satire, which is a form of artistic expression and social commentary and which, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist’s right to such expression must be examined with particular care (see *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, no. 68354/01, § 33, 25 January 2007).

32. However, the Court's case-law has also laid down the limits to freedom of expression. In particular, the Court has held as follows (see *Lawless v. Ireland* (no. 3), 1 July 1961, p.45, § 7, Series A no. 3).

“... the purpose of Article 17, in so far as it refers to groups or to individuals, is to make it impossible for them to derive from the Convention a right to engage in any activity or perform any act aimed at destroying any of the rights and freedoms set forth in the Convention; whereas, therefore, no person may be able to take advantage of the provisions of the Convention to perform acts aimed at destroying the aforesaid rights and freedoms; ...”.

33. The Court has thus found that any “remark directed against the Convention's underlying values” is removed from the protection of Article 10 by Article 17 (see *Lehideux and Isorni*, cited above, §§ 47 and 53). In *Garaudy v. France* ((dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX), concerning mainly the conviction for denying crimes against humanity of the author of a work which systematically called into question the crimes against humanity perpetrated by the Nazis against the Jewish community, the Court declared the applicant's complaint under Article 10 incompatible *ratione materiae* with the Convention. It based this conclusion on the observation that the main content and general tenor of the applicant's book, and thus its “aim”, were markedly negationist and therefore ran counter to the fundamental values of the Convention, namely justice and peace. It concluded that the applicant had attempted to deflect Article 10 of the Convention from its real purpose by using his right to freedom of expression for ends which were contrary to the text and spirit of the Convention (*ibid.*; see also, *Witzsch v. Germany* (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005). Prior to that, the European Commission of Human Rights had reached the same conclusion concerning the conviction of the author of a publication whose real aim, under cover of a scientific demonstration, was to deny that the gas chambers had been used for mass human extermination (see *Marais v. France*, no. 31159/96, Commission decision of 24 June 1996, Decisions and Reports 86-B, p. 184). Other decisions of the Court, particularly in the cases of *Norwood v. the United Kingdom* ((dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI) and *Pavel Ivanov v. Russia* ((dec.), no. 35222/04, 20 February 2007), concerned the use of freedom of expression for Islamophobic and anti-Semitic aims, respectively.

2. Application of those principles in the present case

34. In the present case, the Court notes that the domestic courts convicted the applicant for proffering a racial insult. They found that he had publicly paid tribute to a person who was known for his negationist ideas, arranging for an actor dressed as a Jewish inmate of the Nazi concentration

camps to award him a prize in the form of an object which mocked a symbol of the Jewish religion, after announcing by way of introduction that he intended to “do better” than in a previous show which had allegedly been described as the “biggest anti-Semitic rally since the Second World War”. The judges took the view that the sketch, presented by the applicant as a “*quenelle*”, an expression which, according to the Court of Appeal, evoked sodomy, had been addressed to persons of Jewish origin or faith as a community.

35. That finding by the domestic courts was based on an assessment of the facts with which the Court can agree. In particular, it has no doubt that the offending sketch in the applicant’s show had a strong anti-Semitic content. It notes that the applicant paid tribute to a person who was known in France for his negationist ideas and who had a criminal record on that account, inviting the audience to applaud him “heartily” and staging the award of a “prize for unfrequentability and insolence”. It notes, like the criminal court, that the applicant undoubtedly regarded those acts and remarks as positive in nature.

36. The Court observes that the applicant, far from distancing himself from his guest’s speech, argued that the latter had not uttered any revisionist remarks during the sketch. The Court cannot accept this argument. It is of the view that the fact of calling “affirmationists” (“*affirmationnistes*”) those who accused him of being a negationist, constituted for Robert Faurisson a clear incitement to put on the same plane “clearly established historical facts” (see *Lehideux and Isorni*, cited above, § 47) and an idea of which French law prohibits any expression and which is thus removed from the protection of Article 10 by Article 17 (*ibid.*). The Court further notes that the invitation to spell the word freely manifestly sought, through a word play, to incite the audience to consider the proponents of the historical truth as being driven by “Zionist” (“*sionistes*”) motives, this being a common way of thinking among negationists; that very term relates to a recurring theme in the applicant’s discourse, as he has made anti-Zionism one of his main political commitments (see paragraph 3 above). It observes that the applicant indicated, during the investigation, that it had been agreed that Robert Faurisson’s statements would be different in content (see paragraph 12 above). However, the planned quotation from a passage of Louis-Ferdinand Céline’s work (see paragraphs 10 and 12 above), would not, in the context of the *mise en scène* described above, have had the effect of toning down the insulting nature of the sketch for persons of Jewish faith or origin. The Court further notes that the description of the concentration-camp clothing worn by J.S. as a “garment of light” at the very least showed

the applicant's contempt for Holocaust victims, thus adding to the offensive dimension of the sketch as a whole.

37. The Court reiterates that, in the context of Article 10 of the Convention, offending comments should be examined in the light of the circumstances and the whole context (see, among many other authorities, *Lingens*, cited above, § 40, and *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, § 162, ECHR 2015). In this connection, it does not share the applicant's argument that the domestic courts wrongly interpreted the "sketch" in the first degree, without considering any extrinsic elements that would suggest an opposite interpretation. It notes that the applicant is a comedian who has also displayed a strong political commitment by standing in a number of elections (see paragraph 3 above). It further finds that at the material time he had already been convicted for proffering a racial insult (see paragraph 27 above). It thus takes the view that neither the contextual elements nor the remarks actually made on stage were such as to indicate any intention on the part of the comedian to denigrate the views of his guest or to denounce anti-Semitism. It notes that, on the contrary, the actor playing the role of the concentration-camp inmate himself stated that he was not surprised by the decision to bring Robert Faurisson on stage, in view of the positions expressed over the past couple of years by the applicant, through his public appearances, and especially his collaboration with the then Chairman of the Front National party (see paragraph 10 above). The Court would also observe that the reactions of members of the audience showed that the anti-Semitic and revisionist significance of the sketch was perceived by them (or at least some of them), as it then was by the domestic courts, the remark "Faurisson is right" in particular having been shouted out (see paragraph 8 above).

38. Lastly, and above all, the Court finds that the applicant did not give any explanation in his observations in reply to those of the Government about his wish, as announced in his introduction to the offending sketch and highlighted by the national courts, to go further than in his previous show, which had allegedly been described by a commentator as the "biggest anti-Semitic rally since the Second World War". It observes that this indication must necessarily have guided the audience's perception about what they were going to see and the sketch could only be interpreted in the light of its author's declared intention to "do better" in terms of anti-Semitism. It further notes that, before the domestic courts, the applicant merely alluded to that introduction in raising the defence of provocation, in order to justify the racial insult with which he had been charged. In his application he used that argument again, stating that he had responded to the "provocation"

of the commentator in question, by repeating the wording of his criticism, which he considered exaggerated, and by inviting Robert Faurisson on stage.

39. The Court thus takes the view, like the Court of Appeal, that in the course of the offending sketch the show took on the nature of a rally and was no longer a form of entertainment. The applicant cannot claim, in the particular circumstances and having regard to the whole context, that he acted as an artist with an entitlement to express himself using satire, humour and provocation. Under cover of a comedy show, he invited one of the best known French negationists, who had been convicted a year earlier for denying crimes against humanity, in order to pay tribute to him and give him a platform. In addition, in the context of a preposterously grotesque *mise en scène* he arranged for an actor playing the role of a Jewish inmate of the Nazi concentration camps to award Robert Faurisson a prize. Having regard to the value thus attached to negationism, through the prominence of Robert Faurisson's role on stage and the degrading portrayal of Jewish deportation victims faced with a man who denies their extermination, the Court is of the view that this was a demonstration of hatred and anti-Semitism, supportive of Holocaust denial. It is unable to accept that the expression of an ideology which is at odds with the basic values of the Convention, as expressed in its Preamble, namely justice and peace, can be assimilated to a form of entertainment, however satirical or provocative, which would be afforded protection by Article 10 of the Convention.

40. In addition, the Court emphasises that while Article 17 of the Convention has, in principle, always been applied to explicit and direct remarks not requiring any interpretation, it is convinced that the blatant display of a hateful and anti-Semitic position disguised as an artistic production is as dangerous as a fully-fledged and sharp attack (see also, *mutatis mutandis*, *Marais*, cited above, for the use of an allegedly scientific demonstration). It thus does not warrant protection under Article 10 of the Convention.

41. Accordingly, since the impugned acts, both in their content and in their general tone, and thus in their aim, had a marked negationist and anti-Semitic character, the Court finds that the applicant has attempted to deflect Article 10 from its real purpose by seeking to use his right to freedom of expression for ends which are contrary to the text and spirit of the Convention and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms guaranteed by the Convention (see, *inter alia* and *mutatis mutandis*, the above-cited decisions in *Marais*, *Garaudy*, and *Witzsch*).

42. Accordingly, the Court finds that pursuant to Article 17 of the Convention the applicant cannot enjoy the protection of Article 10. It follows

that the application must be rejected as incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention, in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4.

For these reasons, the Court, by a majority,
Declares the application inadmissible.

Milan Blaško
Deputy Registrar

Josep Casadevall
President

EBRAHIMIAN c. FRANCE
(Requête n° 64846/11)

CINQUIÈME SECTION

ARRÊT DU 26 NOVEMBRE 2015¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Non-renouvellement du contrat de l'employée d'un hôpital en raison de son refus de retirer son voile**

Le fait que les juridictions nationales accordent plus de poids au principe de laïcité et de neutralité et à l'intérêt de l'État qu'à l'intérêt des agents publics de ne pas limiter l'expression de leurs croyances religieuses ne pose *a priori* pas de problème au regard de la Convention pour autant que le juge administratif veille à ce que l'administration ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de conscience des agents publics lorsque la neutralité de l'État est invoquée (paragraphe 67-68 de l'arrêt).

Article 9

Manifester sa religion ou sa conviction – Non-renouvellement du contrat de l'employée d'un hôpital en raison de son refus de retirer son voile – Protection des droits et libertés d'autrui – Contraintes de sécurité publique ou de protection de l'ordre non nécessaires – Service public hospitalier – Principe de laïcité et de neutralité – État de fragilité ou de dépendance des patients – Primauté des droits d'autrui, de l'égalité de traitement des patients et du fonctionnement du service sur les manifestations des croyances religieuses – Volonté de conciliation

*

* *

En fait

En 1999, la requérante fut recrutée sous contrat à durée déterminée en qualité d'agent contractuel de la fonction publique hospitalière afin d'occuper les fonctions d'assistante sociale en service de psychiatrie au sein d'un établissement public. En 2000, elle fut informée du non-renouvellement de son contrat. Cette décision était motivée par son refus d'enlever le voile qu'elle portait et avait été prise à la suite de plaintes formulées par certains patients du centre. Elle avait été précédée d'un entretien au cours duquel son appartenance religieuse n'avait pas été reproché à la requérante, mais il lui avait simplement été rappelé les droits et obligations des fonctionnaires, à savoir l'interdiction d'afficher une telle appartenance. Le non-renouvellement du contrat reposait notamment sur un avis du Conseil d'État qui indiquait que le principe de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'applique à l'ensemble des services publics. Il souligne que l'agent doit bénéficier de la liberté de conscience, mais que cette liberté doit se concilier, du point de vue

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

de son expression, avec le principe de neutralité du service, qui fait obstacle au port d'un signe destiné à marquer son appartenance à une religion. En outre, en cas de manquement à cette obligation de neutralité, il précise que les suites à donner sur le plan disciplinaire doivent être appréciées au cas par cas en fonction des circonstances particulières. Les recours de la requérante furent rejetés.

Par ailleurs, en 2001, la requérante fut inscrite par l'établissement qui l'avait employée au concours d'assistants socio-éducatif. Elle ne s'y présenta pas.

En droit

Article 9 : le non-renouvellement du contrat de la requérante constitue une ingérence dans son droit à manifester sa religion. Cette ingérence était prévue par la loi et poursuivait le but légitime qu'est la protection des droits et libertés d'autrui. Il s'agissait en l'espèce de préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des patients, usagers du service public et destinataires de l'exigence de neutralité imposée à la requérante, en leur assurant une stricte égalité. L'objectif était également de veiller à ce que ces usagers bénéficient d'une égalité de traitement sans distinction de religion. Par conséquent, cette restriction poursuivait un objectif de protection des droits et libertés d'autrui et ne devait pas nécessairement être motivée, en plus, par des contraintes de sécurité publique ou de protection de l'ordre.

Quant à la nécessité de la mesure en question, il faut noter que l'administration a indiqué à la requérante les raisons pour lesquelles ce principe justifiait une application particulière à l'égard d'une assistante sociale dans un service psychiatrique d'un hôpital. L'administration avait identifié les problèmes qu'entraînait son attitude au sein du service concerné et tenté de l'inciter à renoncer à afficher ses convictions religieuses. En outre, les juridictions du fond ont considéré que l'exigence de neutralité imposée à la requérante était d'autant plus impérative qu'elle était en contact avec des patients se trouvant dans un état de fragilité ou de dépendance. Il ressort du dossier que c'est bien l'impératif de la protection des droits et liberté d'autrui, c'est-à-dire le respect de la liberté de religion de tous, et non ses convictions religieuses, qui a fondé la décision litigieuse. Dans cet esprit, la neutralité du service public hospitalier peut être considéré comme liée à l'attitude de ses agents et exigeant que les patients ne puissent douter de leur impartialité.

En France, les agents du service public bénéficient du droit au respect de leur liberté de conscience qui interdit notamment toute discrimination fondée sur la religion dans l'accès aux fonctions ou dans le déroulement de leur carrière. Il leur est cependant interdit de manifester leurs croyances religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. Le fait que les juridictions nationales ont accordé plus de poids au principe de laïcité et de neutralité et à l'intérêt de l'État qu'à l'intérêt de la requérante de ne pas limiter l'expression de ses croyances religieuses ne pose pas de problème au regard de la Convention. Il s'agit là d'une obligation stricte qui puise ses racines dans le rapport traditionnel qu'entretiennent la laïcité de l'État et la liberté de conscience, tel qu'il est énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution. Selon le modèle français, qu'il

n'appartient pas à la Cour d'apprécier en tant que tel, la neutralité de l'État s'impose aux agents qui le représentent. Il incombe toutefois au juge administratif de veiller à ce que l'administration ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de conscience des agents publics lorsque la neutralité de l'État est invoquée.

La requérante, pour qui il était important de manifester sa religion par le port visible d'un voile en raison de ses convictions religieuses, s'exposait à la lourde conséquence d'une procédure disciplinaire. Cependant, il ne fait pas de doute que, postérieurement à la publication de l'avis du Conseil d'État, elle savait qu'elle était tenue de se conformer à une obligation de neutralité vestimentaire au cours de l'exercice de ses fonctions. C'est en raison de son refus de se conformer à cette obligation que la requérante s'est vu notifier le déclenchement de la procédure disciplinaire, indépendamment de ses qualités professionnelles. Elle a alors bénéficié des garanties de la procédure disciplinaire ainsi que des voies de recours devant les juridictions administratives. Elle a par ailleurs renoncé à se présenter au concours d'assistante sociale alors qu'elle était inscrite sur la liste des candidats que l'établissement a dressée en parfaite connaissance de cause. Dans ces conditions, les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en constatant l'absence de conciliation possible entre les convictions religieuses de la requérante et l'obligation de ne pas les manifester puis en décidant de faire primer l'exigence de neutralité et d'impartialité de l'État.

Au surplus, il ressort d'un rapport de l'Observatoire de la laïcité que les différends nés de la manifestation des convictions religieuses de personnes travaillant au sein des services hospitaliers sont appréciés au cas par cas, la conciliation des intérêts en présence étant faite par l'administration dans le souci de trouver des solutions à l'amiable. Cette volonté de conciliation est confirmée par la rareté du contentieux de cette nature porté devant les juridictions. Enfin, l'hôpital est un lieu où il est demandé également aux usagers, qui ont pourtant la liberté d'exprimer leurs convictions religieuses, de contribuer à la mise en œuvre du principe de laïcité en s'abstenant de tout prosélytisme et en respectant l'organisation du service et les impératifs de santé et d'hygiène en particulier; en d'autres termes, la réglementation de l'État concerné y fait primer les droits d'autrui, l'égalité de traitement des patients et le fonctionnement du service sur les manifestations des croyances religieuses.

Conclusion: non-violation (six voix contre une).

Jurisprudence citée par la Cour

Ahmet Arslan et autres c. Turquie, n° 41135/98, 23 février 2010

Bayatyan c. Arménie [GC], n° 23459/03, CEDH 2011

Dahlab c. Suisse (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V

Dogru c. France, n° 27058/05, 4 décembre 2008

Eweida et autres c. Royaume-Uni, n°s 48420/10 et 3 autres, CEDH 2013

Fernández Martínez c. Espagne [GC], n° 56030/07, CEDH 2014

Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, série A n° 260-A
Kurtulmuş c. Turquie (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-II
Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI
Obst c. Allemagne, n° 425/03, 23 septembre 2010
Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, série A n° 323

En l'affaire Ebrahimian c. France,

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

Josep Casadevall, *président*,

Ganna Yudkivska,

Vincent A. De Gaetano,

André Potocki,

Helena Jäderblom,

Aleš Pejchal,

Síofra O'Leary, *juges*,

et de Milan Blaško, *greffier adjoint de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 octobre 2015,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 64846/11) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet État, M^{me} Christiane Ebrahimian (« la requérante »), a saisi la Cour le 12 octobre 2011 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante a été représentée par M^e W. Word, avocat à Paris. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. François Alabrune, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. La requérante allègue que le non-renouvellement de son contrat d'assistante sociale, au motif qu'elle refuse d'enlever le voile qu'elle porte, est constitutif d'une violation de l'article 9 de la Convention.

4. Le 10 juin 2013, le grief concernant l'article 9 a été communiqué au Gouvernement et la requête a été déclarée irrecevable pour le surplus.

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

5. La requérante est née en 1951 et réside à Paris.

6. Elle fut recrutée sous contrat à durée déterminée de trois mois, du 1^{er} octobre au 31 décembre 1999, prolongé d'une durée de un an du 1^{er} janvier au 31 décembre 2000, en qualité d'agent contractuel de la fonction publique hospitalière afin d'occuper les fonctions d'assistante sociale en service de psychiatrie au sein du Centre d'accueil et de soins hospitaliers de

Nanterre (CASH), un établissement public à caractère social et sanitaire de la ville de Paris.

7. Le 11 décembre 2000, le directeur des ressources humaines du centre informa la requérante que son contrat ne serait pas renouvelé à compter du 31 décembre suivant. Cette décision était motivée par le refus de la requérante d'enlever la coiffe qu'elle portait et avait été prise à la suite de plaintes formulées par certains patients du centre.

8. Le 28 décembre 2000, en réponse à une lettre de la requérante invoquant l'illégalité du non-renouvellement de son contrat au motif qu'il était motivé par ses croyances et son appartenance à la religion musulmane, le directeur des ressources humaines indiqua que, lors de l'entretien du 30 novembre 2000 qui avait précédé la décision de l'administration, il ne lui avait pas été reproché son appartenance religieuse mais simplement rappelé les droits et obligations des fonctionnaires, à savoir l'interdiction d'afficher une telle appartenance. Il poursuivit ainsi :

« J'ai souligné que j'avais été contrainte de vous recevoir, suite à des réclamations formulées auprès de M^{me} M., cadre socio-éducatif, à la fois par des patients qui refusaient de vous rencontrer compte tenu de cet affichage et par des travailleurs sociaux pour lesquels il devenait de plus en plus difficile de gérer cette situation très délicate. À noter que M^{me} M. a évoqué avec vous ces difficultés et a tenté de vous convaincre de ne pas afficher vos convictions religieuses, avant même que les réclamations ne remontent jusqu'à la DRH. Ce n'est d'ailleurs que peu avant votre entretien du 30 novembre que l'administration a été officiellement informée du problème que suscitait le port de votre coiffe.

Au sujet de votre coiffe au moment de l'embauche : comme vous le savez, l'entretien d'embauche dure tout au plus une heure. Les personnes se présentent en tenue de « ville » sans pour autant quitter manteau ou foulard. Le fait que vous étiez couverte au moment de cet entretien n'a pas été interprété comme pouvant être le signe d'une appartenance, mais comme une simple tenue vestimentaire.

La rupture de votre contrat repose sur un fondement juridique, non sur une situation de nature discriminatoire. »

Le directeur des ressources humaines rappela encore à la requérante dans cette lettre l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000. Cet avis indique que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci, fait obstacle à ce que les agents disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses et, enfin, que le port d'un signe destiné à marquer une appartenance à une religion constitue un manquement de l'agent à ses obligations (paragraphe 26 ci-dessous).

9. Par une requête enregistrée le 7 février 2001, la requérante demanda au tribunal administratif de Paris l'annulation de la décision du 11 décembre 2000.

10. Par des lettres des 15 et 28 février 2001, la requérante fut informée de la décision du directeur des ressources humaines du CASH de l'inscrire au concours sur titre d'assistants socio-éducatifs et de l'autoriser à y prendre part. Cette décision fut prise en vertu du décret du 26 mars 1993 portant statut particulier des assistants socio-éducatifs de la fonction publique hospitalière. Ce texte indiquait que les assistants ont pour mission d'aider les patients et leur famille qui connaissent des difficultés sociales dans leurs démarches, en participant à l'élaboration et à la mise en œuvre du projet de l'établissement dont ils relèvent ainsi que des projets sociaux et éducatifs, en coordination notamment avec d'autres institutions ou services sociaux. La requérante ne se présenta pas au concours.

11. Par un jugement du 17 octobre 2002, le tribunal administratif jugea le non-renouvellement du contrat conforme au principe de laïcité et de neutralité des services publics :

« (...)

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 [portant droits et obligations des fonctionnaires, paragraphe 25 ci-dessous]

(...)

Considérant que si les agents publics bénéficient, comme tous les citoyens, de la liberté de conscience et de religion édictée par les textes constitutionnels, conventionnels et législatifs, qui prohibent toute discrimination fondée sur leurs croyances religieuses ou leur athéisme, notamment pour l'accès aux fonctions, le déroulement de carrière ou encore le régime disciplinaire, le principe de laïcité de l'État et de ses démembrements et celui de la neutralité des services publics font obstacle à ce que ces agents disposent, dans l'exercice de leurs fonctions, du droit de manifester leurs croyances religieuses notamment par une extériorisation vestimentaire ; que ce principe, qui vise à protéger les usagers du service de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience, concerne tous les services publics et pas seulement celui de l'enseignement ; que cette obligation trouve à s'appliquer avec une rigueur particulière dans les services publics dont les usagers sont dans un état de fragilité ou de dépendance ; »

Il débouta la requérante en rappelant que la décision de ne pas renouveler son contrat avait été prise en raison de son refus d'enlever le voile qu'elle portait « à la suite de plaintes formulées par certains patients du centre de soins et en dépit des mises en garde réitérées de sa hiérarchie et des conseils amicaux de ses collègues de travail ». Le tribunal considéra que, à raison des principes énoncés, relatifs à la manifestation d'opinions religieuses au sein des services publics, l'autorité administrative, en refusant de renouveler le contrat pour le motif implicite du port « d'un vêtement manifestant, de manière ostentatoire, l'appartenance à une religion », n'avait pas commis d'erreur d'appréciation. Il conclut « qu'ainsi, alors même que l'employeur [de la requérante] a toléré le port de ce voile pendant plusieurs mois et que

ce comportement ne peut être regardé comme délibérément provoquant ou prosélyte, le centre hospitalier n'a commis aucune illégalité en décidant de ne pas renouveler le contrat à la suite de son refus d'enlever son voile».

12. Par un arrêt du 2 février 2004, la cour administrative d'appel de Paris considéra que la décision litigieuse présentait un caractère disciplinaire, car «il résult[ait] tant de la lettre en date du 28 décembre du directeur des ressources humaines du centre que des mémoires en défense de l'établissement qu'elle [avait] été prise en raison de la persistance de [la requérante] à porter, durant son service, une coiffe pour des motifs religieux». En conséquence, elle annula la décision pour vice de procédure dès lors que la requérante n'avait pas été informée des motifs de la mesure envisagée avant qu'elle ne soit prise ni mise à même de consulter son dossier.

13. En exécution de l'arrêt d'appel, le directeur du CASH invita la requérante à prendre connaissance de son dossier. Par une décision motivée du 13 mai 2005, il lui confirma le non-renouvellement de son contrat :

«En conséquence de l'intervention de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 2 février 2004, qui a retenu un caractère disciplinaire au motif de non-renouvellement de votre contrat à durée déterminée ayant expiré le 31 décembre 2000, nous vous avons invité à prendre de nouveau connaissance de votre dossier administratif le 10 mai dernier, afin de régulariser la procédure.

À ce jour et en tant que de besoin, en exécution de cette même décision de justice, nous vous informons que le motif disciplinaire ayant conduit au non-renouvellement de votre contrat tient à votre refus d'ôter votre coiffe en tant qu'elle manifeste ostensiblement votre appartenance religieuse.

En effet, par application des principes de laïcité de l'État et de neutralité des Services Publics, fondant le devoir de réserve auquel est soumis tout agent de l'État, fût-il contractuel, votre refus de vous découvrir dans l'exercice de vos fonctions, caractérise un manquement à vos obligations vous exposant à une sanction disciplinaire légitime tel que l'a retenu dans son principe l'avis du Conseil d'État, M^{lle} Marteaux, en date du 3 mai 2000.

La décision de non-renouvellement que nous avons prise s'avère d'autant justifiée en l'espèce, que pour vos fonctions, vous exercez en contact avec des patients.»

14. Par une lettre du 29 juin 2005, la cour administrative d'appel informa la requérante que le CASH avait pris les mesures impliquées par l'arrêt du 2 février 2004. Elle lui indiqua que lorsqu'une décision est annulée pour vice de procédure, l'autorité administrative peut légalement reprendre des décisions identiques à celles annulées, mais en respectant les formes prescrites, et que la nouvelle décision du 13 mai 2005 pouvait être contestée devant le tribunal administratif.

15. En janvier 2006, la requérante demanda l'annulation de la décision du 13 mai 2005 auprès du tribunal administratif de Versailles. Elle fit

notamment valoir que l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000, mis en avant par son employeur, n'avait vocation à s'appliquer qu'aux enseignants.

16. Par un jugement du 26 octobre 2007, le tribunal rejeta la requête sur le fondement du principe de laïcité de l'État et de neutralité des services publics :

« (...) Considérant cependant que si l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000 porte en particulier sur le cas d'un agent du service public de l'enseignement, il précise également qu'il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble des services publics ; que si les agents publics bénéficient comme tous les citoyens de la liberté de conscience et de religion édictée par des textes constitutionnels, conventionnels et législatifs, qui prohibent toute discrimination fondée sur leurs croyances religieuses ou leur athéisme, notamment pour l'accès aux fonctions, le déroulement de carrière ou encore le régime disciplinaire, le principe de laïcité de l'État et de ses démembrements et celui de la neutralité des services publics font obstacle à ce que ses agents disposent, dans l'exercice de leurs fonctions, du droit de manifester leurs croyances religieuses notamment par une extériorisation vestimentaire ; ce principe vise à protéger les usagers du service de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience.

Considérant qu'à raison des principes sus-énoncés relatifs à la manifestation d'opinions religieuses au sein des services publics, l'autorité administrative, en décidant de ne pas renouveler le contrat d'assistante sociale de [la requérante] pour le motif implicite du port d'un vêtement manifestant, de manière ostentatoire, l'appartenance à une religion n'a commis aucune illégalité. »

17. La requérante interjeta appel du jugement.

18. Par un arrêt du 26 novembre 2009, la cour administrative d'appel de Versailles confirma le jugement en reprenant les motifs retenus par les premiers juges.

19. La requérante forma un pourvoi en cassation. Dans ses moyens de cassation, elle souligna que la cour administrative d'appel avait privé son arrêt de base légale en ne précisant pas la nature du vêtement dont le port avait justifié sa sanction. Elle invoqua le caractère disproportionné de celle-ci et sa contrariété avec l'article 9 de la Convention.

20. Par un arrêt du 9 mai 2011, le Conseil d'État déclara le pourvoi non admis.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Principe de laïcité et de neutralité des services publics

21. Dans l'affaire *Dogru c. France* (n° 27058/05, 4 décembre 2008), concernant le port des signes religieux à l'école, la Cour a eu l'occasion d'explicitier le concept de laïcité en France. Elle a rappelé à cette occasion

que l'exercice de la liberté religieuse dans l'espace public est directement lié au principe de laïcité. Découlant d'une longue tradition française, celui-ci trouve ses origines dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'article 10 dispose que « [n]ul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Il apparaît également dans les grandes lois scolaires de 1882 et 1886 qui instaurent l'école primaire obligatoire, publique et laïque. Mais la véritable clé de voûte de la laïcité française est la loi du 9 décembre 1905, dite loi de séparation de l'église et de l'État, qui marque la fin d'un long affrontement entre les républicains issus de la Révolution française et l'Église catholique. Son article 1^{er} énonce : « La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public. » Le principe de séparation est affirmé par l'article 2 : « La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte (...) » De ce « pacte laïque », découle plusieurs conséquences aussi bien pour les services publics que pour les usagers. Il implique la reconnaissance du pluralisme religieux et la neutralité de l'État à l'égard des cultes.

Le principe de laïcité, l'exigence de neutralité de l'État et de son corollaire, l'égalité, sont consacrés par l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi libellé :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. »

22. À partir des années 1980, la pratique du port de signes religieux à l'école et à l'hôpital s'est développée en France, suscitant des réactions fondées sur le principe de laïcité (paragraphe 29 ci-dessous). Le 3 juillet 2003, le président de la République a installé « une commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République », qu'il a chargée de conduire « une réflexion approfondie et sereine (...) sur les exigences concrètes qui doivent découler pour chacun du respect du principe de laïcité ». Le rapport de cette commission, remis le 11 décembre 2003 au président de la République, dresse un constat de la menace pesant sur la laïcité à l'école et dans les services publics. C'est à la suite de ce rapport que la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse a été adoptée (*Dogru*, précité, §§ 30-31).

23. C'est également à la suite de ce rapport que, saisi par le Premier ministre, le Haut conseil à l'intégration a présenté en janvier 2007 un avis comprenant un « projet de charte de laïcité dans les services publics ». Ce projet a été repris dans la circulaire du Premier ministre n° 5209/SG du

13 avril 2007 relative à la charte de la laïcité dans les services publics, qui rappelle les droits et obligations des agents ainsi que ceux des usagers du service public :

« Les agents du service public

Tout agent public a un devoir de stricte neutralité. Il doit traiter également toutes les personnes et respecter leur liberté de conscience.

Le fait pour un agent public de manifester ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations.

Il appartient aux responsables des services publics de faire respecter l'application du principe de laïcité dans l'enceinte de ces services.

La liberté de conscience est garantie aux agents publics. Ils bénéficient d'autorisations d'absence pour participer à une fête religieuse dès lors qu'elles sont compatibles avec les nécessités du fonctionnement normal du service. »

« Les usagers du service public

Tous les usagers sont égaux devant le service public. Les usagers des services publics ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses dans les limites du respect de la neutralité du service public, de son bon fonctionnement et des impératifs d'ordre public, de sécurité, de santé et d'hygiène.

Les usagers des services publics doivent s'abstenir de toute forme de prosélytisme.

Les usagers des services publics ne peuvent récuser un agent public ou d'autres usagers, ni exiger une adaptation du fonctionnement du service public ou d'un équipement public. Cependant, le service s'efforce de prendre en considération les convictions des usagers dans le respect des règles auquel il est soumis et de son bon fonctionnement.

Lorsque la vérification de l'identité est nécessaire, les usagers doivent se conformer aux obligations qui en découlent.

Les usagers accueillis à temps complet dans un service public, notamment au sein d'établissements médico-sociaux, hospitaliers ou pénitentiaires ont droit au respect de leurs croyances et peuvent participer à l'exercice de leur culte, sous réserve des contraintes découlant des nécessités du bon fonctionnement du service. »

24. Récemment, le Conseil constitutionnel a indiqué que le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit et qu'il doit être défini ainsi :

« Considérant (...) qu'aux termes des trois premières phrases du premier alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances » ; que le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et

que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucune culte ; » (Décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]).

25. La fonction publique regroupe l'ensemble des agents publics, c'est-à-dire des personnels employés par une personne publique, affectés en principe dans un service public administratif, et soumis à un régime de droit public. Le statut général de la fonction publique est organisé en trois branches : la fonction publique de l'État, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. La liberté d'opinion, notamment religieuse, des agents du service public est garanti par l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L'appartenance à une religion ne peut être inscrite dans le dossier d'un agent public, elle ne peut constituer un critère discriminant à l'égard d'un candidat ou d'un agent contractuel à une titularisation et certains aménagements du temps de travail sont autorisés au nom de la liberté religieuse, s'ils sont compatibles avec le bon fonctionnement du service.

En même temps, la liberté de conscience de ces agents doit être conciliée avec l'exigence de neutralité religieuse propre au service public. Les fonctionnaires sont soumis à un devoir déontologique de neutralité. Le fonctionnaire doit assurer une stricte égalité de traitement des administrés dans l'exercice de ses fonctions, quelles que soient leurs convictions ou croyances. Le principe de neutralité de l'État implique que « l'administration et les services publics doivent donner toutes les garanties de la neutralité, mais doivent aussi en présenter les apparences pour que l'utilisateur ne puisse douter de cette neutralité. En conséquence, une obligation de neutralité particulièrement stricte s'impose à tout agent du service public » (Commission nationale consultative des droits de l'homme, Avis sur la laïcité, *Journal officiel* n° 0235 du 9 octobre 2013). L'obligation de neutralité des fonctionnaires est précisée par la jurisprudence (paragraphe 26 ci-dessous). Toutefois, un projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires actuellement en cours de discussion a été adopté par l'Assemblée nationale, en première lecture, le 7 octobre 2015. Ce texte prévoit d'inscrire dans la loi du 13 juillet 1983 l'obligation pour les agents publics d'exercer leurs fonctions dans le respect du principe de laïcité en s'abstenant de manifester leur opinion religieuse dans l'exercice de leurs fonctions.

Le Conseil constitutionnel a aussi jugé à plusieurs reprises que la neutralité est un « principe fondamental du service public » et que le principe d'égalité en constitue le corollaire (Décisions de la Cour constitutionnel n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, et n° 96-380 DC du 23 juillet 1996).

26. Selon la jurisprudence du Conseil d'État, le principe de neutralité des services publics justifie que des limitations soient apportées à la manifestation des croyances religieuses des agents dans l'exercice de leurs fonctions. Le Conseil d'État s'est prononcé depuis longtemps dans le domaine de l'enseignement : le fait pour un agent du service public de l'enseignement de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses est un manquement au « devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public » (Conseil d'État, 8 décembre 1948, *Demoiselle Pasteau*, n° 91.406, *Recueil Lebon*; Conseil d'État, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, n° 98.284, *Recueil Lebon*). Dans son avis du 3 mai 2000 (Conseil d'État, avis, *M^{lle} Marteaux*, n° 217017, *Recueil Lebon*), concernant la décision d'un recteur d'académie de mettre fin aux fonctions d'une surveillante d'un collège qui portait un foulard, il a affirmé que le principe de laïcité et de neutralité s'applique à l'ensemble des services publics et précisé l'interdiction faite aux agents de manifester leurs croyances religieuses dans leur fonction :

« 1) Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ;

2) Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses ;

Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement ;

3) Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ;

Les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, doivent être appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté ; »

Cette jurisprudence a été étendue à l'ensemble des services publics. Dans un dossier thématique intitulé « Le juge administratif et l'expression des convictions religieuses » publié sur son site Internet en novembre 2014, le Conseil d'État indique, à propos de l'interdiction faite aux agents de manifester leur religion dans leurs fonctions, et en plus de l'avis du 3 mai 2000, ce qui suit :

« Le juge administratif est généralement saisi de ces questions dans le cadre du contentieux disciplinaire. La légalité de la sanction sera alors fonction de la nature de

l'expression des convictions religieuses, du niveau hiérarchique de l'agent ainsi que des fonctions qu'il exerce ou encore des avertissements qui auraient déjà pu lui être adressés. La sanction doit également être proportionnée. Le Conseil d'État a ainsi confirmé la sanction prise à l'encontre d'un agent public qui faisait apparaître son adresse électronique professionnelle sur le site d'une association culturelle (CE, 15 octobre 2003, M.O., n° 244428) ou encore qui avait distribué aux usagers des documents à caractère religieux à l'occasion de son service (CE, 19 février 2009, M.B., n° 311633).»

27. L'exigence de neutralité vaut pour les services publics, même s'ils sont gérés par des organismes de droit privé (Conseil d'État, Sect., 31 janvier 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*). C'est ce qu'a également rappelé récemment la Cour de cassation, dans une affaire concernant la caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis, s'agissant d'une salariée travaillant comme «technicienne de prestations maladie» qui avait été licenciée au motif qu'elle portait un foulard islamique en forme de bonnet, en violation des dispositions du règlement intérieur. La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que «les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé» et que «les agents des caisses primaires d'assurance maladie (...) sont (...) soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires;» (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690):

«(...) attendu qu'ayant retenu que la salariée exerce ses fonctions dans un service public en raison de la nature de l'activité exercée par la caisse, qui consiste notamment à délivrer des prestations maladie aux assurés sociaux de la Seine-Saint-Denis, qu'elle travaille en particulier comme «technicienne de prestations maladie» dans un centre accueillant en moyenne six cent cinquante usagers par jour, peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public, la cour d'appel a pu en déduire que la restriction instaurée par le règlement intérieur de la caisse était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public;»

28. Récemment, au cours d'une procédure judiciaire médiatique, la chambre sociale de la Cour de cassation a, d'abord, dans un arrêt du 19 mars 2013, déclaré illégal le licenciement d'une salariée d'une crèche privée, dont le règlement intérieur appelait «au respect des principes de laïcité et de neutralité», en raison de son refus d'ôter son voile islamique. Puis, confrontée à la résistance de la cour d'appel de Paris devant laquelle l'affaire avait été renvoyée, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement validé cette procédure par un arrêt du 25 juin 2014. À l'occasion de l'arrêt du 19 mars 2013 et de celui du même jour décrit au paragraphe 27 ci-dessus, le Défenseur des droits a demandé au Conseil d'État une étude (Étude

adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 décembre 2013). Le Défenseur souhaitait avoir l'avis du Conseil d'État sur diverses questions relatives à l'application du principe de neutralité religieuse dans les services publics, en vue de répondre à des réclamations qui soulèvent la question de la frontière entre mission de service public, participation au service public, mission d'intérêt général que certaines structures privées auraient en charge, et l'application du principe de neutralité et de laïcité. Dans cette étude, le Conseil d'État a notamment rappelé ceci :

« 1. La liberté des convictions religieuses est générale. En revanche, des restrictions peuvent être apportées à leur expression dans certaines conditions. Le principe de laïcité de l'État, qui intéresse les relations entre les collectivités publiques et les particuliers, et le principe de neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics, sont la source d'une exigence particulière de neutralité religieuse de ces services. Cette exigence s'applique en principe à tous les services publics mais ne trouve pas à s'appliquer, en tant que telle, en dehors de ces services (...)

2. Le droit du travail respecte la liberté de conscience des salariés et prohibe les discriminations, quelles qu'elles soient. Il peut toutefois autoriser des restrictions à la liberté de manifester des opinions ou croyances religieuses à la condition que ces restrictions soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (...)

(...)

4. L'exigence de neutralité religieuse interdit aux agents des personnes publiques et aux employés des personnes morales de droit privé auxquelles a été confiée la gestion d'un service public de manifester leurs convictions religieuses dans l'exercice de leurs fonctions. Cette interdiction doit toutefois être conciliée avec le principe de proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression religieuse résultant de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...)

B. Principe de neutralité dans le service public hospitalier

29. Le rapport annuel 2013-2014 de l'Observatoire de la laïcité indique, en sa partie « État des lieux concernant la laïcité dans les établissements de santé » que, à la suite du rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité (paragraphe 22 ci-dessus), une loi sur la laïcité à l'hôpital avait été envisagée. Le rapport de cette commission indiquait ce qui suit :

« (...) L'hôpital n'est plus épargné par ce type de remises en cause. Il avait déjà été confronté à certains interdits religieux, tels que l'opposition à des transfusions par des témoins de Jéhovah. Plus récemment se sont multipliés les refus, par des maris ou des pères, pour des motifs religieux, de voir leurs épouses ou leurs filles soignées ou accouchées par des médecins de sexe masculin. Des femmes ont ainsi été privées de péridurale. Des soignants ont été récusés au prétexte de leur confession supposée. Plus

généralement, certaines préoccupations religieuses des patients peuvent perturber le fonctionnement de l'hôpital : des couloirs sont transformés en lieux privatifs de prière ; des cantines parallèles aux cantines hospitalières sont organisées pour servir une nourriture traditionnelle, au mépris des règles sanitaires.

(...)

Certaines revendications religieuses sont maintenant portées par des agents publics. Des fonctionnaires ont exigé de porter, sur leur lieu de travail, une kippa ou un voile manifestant leur appartenance confessionnelle. Récemment des internes en médecine ont également exprimé cette volonté.

De tels comportements, contraires au principe de neutralité qui structure le service public, sont gravement préoccupants. (...)»

L'Observatoire de la laïcité explique que le ministère de la Santé a « en réalité cadré la question par voie de circulaire » (paragraphe 30 ci-dessous) et que, à ce stade, l'arsenal juridique est suffisant. Il précise que les informations recueillies dans les établissements de soins font état d'une situation apaisée et sous contrôle. Les problèmes les plus fréquents, s'agissant du personnel hospitalier, sont le port du voile, les prières à certains moments de la journée et le souhait d'aménagement horaire pour ne pas travailler les jours de fêtes religieuses. Il précise que les informations dont il dispose « montrent qu'avec un dialogue approprié, ces situations aboutissent à un règlement dans le respect des principes de neutralité des agents publics ».

30. La circulaire du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant une charte du patient hospitalisé indique que les droits des patients « s'exercent dans le respect de la liberté des autres » (Circulaire DGS/DH/95 n° 22). Outre les indications concernant les usagers du service public hospitalier rappelé plus haut (paragraphe 23 ci-dessus), la circulaire DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé énonce ce qui suit :

« (...)

I. Liberté religieuse, principes de neutralité et de non-discrimination

Comme le rappelle le rapport Stasi (p. 22) remis au président de la République le 11 décembre 2003, la laïcité qui est consacrée par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 impose à la République d'assurer « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Pour l'hôpital, cela implique que :

– tous les patients soient traités de la même façon quelles que puissent être leurs croyances religieuses ;

– les patients ne puissent douter de la neutralité des agents hospitaliers.

A. Égalité de traitement des patients

(...)

(...) La charte du patient hospitalisé précitée, tout en affirmant la liberté d'action et d'expression des patients dans le domaine religieux, rappelle: « Ces droits s'exercent dans le respect de la liberté des autres. Tout prosélytisme est interdit, qu'il soit le fait d'une personne accueillie dans l'établissement, d'une personne bénévole, d'un visiteur ou d'un membre du personnel. »

À cet égard, il convient de veiller à ce que l'expression des convictions religieuses ne porte pas atteinte:

- à la qualité des soins et aux règles d'hygiène (le malade doit accepter la tenue vestimentaire imposée compte tenu des soins qui lui sont donnés);
- à la tranquillité des autres personnes hospitalisées et de leurs proches;
- au fonctionnement régulier du service.

(...)

B. Neutralité du service public hospitalier et des fonctionnaires et agents publics

L'obligation de neutralité est posée depuis plus d'un demi-siècle dans la jurisprudence (Conseil d'État, 8 décembre 1948, D^{lle} Pasteau – 3 mai 1950, D^{lle} Jamet). Dans un litige concernant un établissement scolaire, le Conseil d'État a émis un avis en date du 3 mai 2000 (...) [paragraphe 26 ci-dessus]

(...)

Dans un [jugement] en date du 17 octobre 2002 (M^{me} E.), [paragraphe 11 ci-dessus] (...), le tribunal rappelle que le principe de neutralité s'impose à tous les agents publics et pas seulement à ceux de l'enseignement:

(...)

Dans un arrêt en date du 27 novembre 2003 (M^{lle} Nadjat Ben Abdallah), la cour administrative d'appel de Lyon a considéré que: « Le port, par M^{lle} Ben Abdallah (...) d'un foulard dont elle a expressément revendiqué le caractère religieux, et le refus réitéré d'obéir à l'ordre qui lui a été donné de le retirer, alors qu'elle était avertie de l'état non ambigu du droit applicable, a (...) constitué une faute grave de nature à justifier légalement la mesure de suspension dont elle a fait l'objet. » (...)

Ces principes s'appliquent à tous les fonctionnaires et agents publics, à l'exception des ministres des différents cultes mentionnés à l'article R. 1112-46 du code de la santé publique. Il est rappelé que les agents publics sont des agents qui concourent à l'exécution du service public: contractuels, internes... Vous veillerez à ce que, en application de l'article L. 6143-7 du code de la santé publique, les directeurs des établissements publics de santé respectent strictement ces principes en sanctionnant systématiquement tout manquement à ces obligations ou en signalant aux directeurs départementaux des Affaires sanitaires et sociales toute faute commise par un agent dont l'autorité de nomination est le préfet ou le ministre.

II. Libre choix du praticien et discrimination à l'encontre d'un agent du service public

(...)

Enfin, ce libre choix du malade ne permet pas que la personne prise en charge puisse s'opposer à ce qu'un membre de l'équipe de soins procède à un acte de diagnostic ou de soins pour des motifs tirés de la religion connue ou supposée de ce dernier.

(...)

C. Jurisprudence pertinente

31. Les décisions pertinentes concernant le port du voile par les agents des services publics sont citées dans la circulaire précitée (paragraphe 30 ci-dessus). Le jugement du tribunal administratif rendu le 17 octobre 2002 dans la présente espèce est très fréquemment cité en exemple, parce qu'il confirme que le principe de neutralité vaut pour l'ensemble des services publics, et pas seulement pour le domaine de l'enseignement public. L'arrêt du 27 novembre 2003 rendu par la cour administrative d'appel de Lyon dans l'affaire M^{lle} Ben Abdallah (paragraphe 30 ci-dessus), à propos d'une femme contrôleur du travail refusant de retirer son foulard, est également un arrêt de référence. Le Conseil d'État n'a cependant pas été saisi dans cette affaire. L'arrêt indique que la suspension d'un agent en attente d'une sanction est décidée en fonction «de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, entre autres, de la nature et du degré du caractère ostentatoire de ce signe, de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique, soit de fonctions de représentation». Dans cette affaire, le commissaire du Gouvernement soulignait ceci :

«(...) une appréciation différenciée de l'obligation de neutralité dans la fonction publique, de la nature de celle que préconise la Cour de Strasbourg (*Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V), serait parfaitement en phase avec la démarche adoptée par la jurisprudence judiciaire pour les salariés du secteur privé. Le juge judiciaire tient, en effet, déjà compte, s'agissant du cas particulier du port du voile islamique, de la nature des fonctions exercées et de l'image de l'entreprise que véhicule le fait pour une employée d'arborer ce signe. Cette démarche conduirait alors à définir des critères d'appréciation qui, sans renier le principe de neutralité, en feraient une application peut-être plus pragmatique, tenant compte de la nature des fonctions exercées (enseignement, fonctions d'autorité) et des conditions de leur exercice (contacts avec le public, port ou non d'un uniforme ou d'un costume réglementaire, degré de vulnérabilité ou de sensibilité des usagers comme les élèves ou les malades). »

Il proposait cependant de ne pas entrer dans une telle démarche en indiquant qu'il ne paraissait finalement pas possible de transiger sur l'obligation de neutralité des fonctionnaires.

« Pour des raisons de principe d'abord. Le fonctionnaire, qu'il le veuille ou non, mais aussi, quelque part parce qu'il l'a voulu, appartient d'abord à la sphère publique, dont les raisons d'être sont le service de l'intérêt général et le traitement égalitaire de tous les usagers. Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, la neutralité du service est « conçue avant tout pour les usagers; c'est au nom du respect de leurs convictions que l'État est neutre afin de permettre leur pleine expression »; c'est cette fonction sociale qui justifie que l'individu que continue d'être l'agent public, s'efface derrière le dépositaire d'une parcelle de l'autorité publique, derrière le fonctionnaire investi d'une mission de service public. Si la notion de service public peut effectivement, à l'avenir, évoluer dans le sens d'un champ d'application plus étroit, il ne paraît finalement pas possible de transiger sur les principes irréductibles qui en font précisément la spécificité, et notamment avec la soumission de ses agents, à travers le statut, à une déontologie, à une éthique.

Nous n'insisterons pas davantage en outre, sur les craintes déjà évoquées quant au grignotage progressif sous l'impulsion des communautarismes, de ce qui constitue la cohérence du tissu social caractérisée par l'adhésion à des valeurs universelles garanties par l'État.

Au demeurant, les conclusions de Rémy Schwartz soulignaient aussi combien serait impraticable une solution différenciée selon la nature des fonctions et le degré de maturité du public concerné, en raison de la variété et même de la variabilité dans le temps des situations envisageables; on ne voit pas en outre pourquoi la liberté de conscience d'un agent justifierait, par une revendication excessive en service de ses convictions religieuses, une atteinte à la liberté de conscience dont bénéficient également ses collègues de travail: l'intérêt du service peut ainsi justifier également que, même en l'absence de contact direct avec les usagers, la liberté d'expression des convictions d'un agent soit limitée. (...)

La réaffirmation du principe de neutralité absolue du service débouche donc sur le nécessaire rappel à l'ordre de tout écart considéré en soi comme faute disciplinaire: à partir de ce constat, rien n'empêche alors, l'autorité disciplinaire et selon les termes mêmes de l'avis *D^{lle} Marteaux*, d'apprécier distinctement les cas d'espèce et de tenir compte des circonstances particulières pour, après avoir fait cesser le comportement fautif, en apprécier les suites en incluant sans aucun doute dans son appréciation, le degré d'obéissance ou au contraire d'intransigeance du fonctionnaire, lorsqu'il aura été invité à respecter la neutralité du service. (...)

III. DROIT COMPARÉ

32. Dans l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* (n^{os} 48420/10 et 3 autres, § 47, CEDH 2013), la Cour a indiqué qu'il ressortait d'une analyse du droit et de la pratique de vingt-six États membres du Conseil de l'Europe que :

« (...) majoritairement, [le port de vêtements ou de symboles à caractère religieux sur le lieu de travail] n'est pas réglementé. Dans trois États, à savoir l'Ukraine, la Turquie et la Suisse (pour certains cantons), le port de vêtements ou de symboles de ce type

est interdit aux fonctionnaires et aux autres agents du secteur public mais autorisé en principe pour les employés du secteur privé. Dans cinq États – Allemagne, Belgique, Danemark, France et Pays-Bas –, les tribunaux internes ont expressément reconnu, au moins en principe, le droit pour tout employeur d'imposer certaines restrictions au port de symboles religieux par les employés; cependant, il n'y a dans ces pays aucun texte législatif ou réglementaire permettant à un employeur de le faire. En Allemagne et en France, il est strictement interdit aux fonctionnaires et aux agents de l'État de porter des symboles religieux tandis que, dans les trois autres pays, le régime est plus souple. Nulle part n'est permise une interdiction totale du port par les employés du secteur privé de vêtements ou de symboles religieux sur le lieu de travail. Au contraire, en France, pareille interdiction est expressément exclue par la loi. Selon la législation française, pour qu'une restriction de ce type soit légale, elle doit poursuivre un but légitime, tenant au respect des normes sanitaires, à la protection de la santé et des bonnes mœurs, et à la crédibilité de l'employeur aux yeux du client, et satisfaire à un critère de proportionnalité.»

33. Récemment, dans un arrêt du 27 janvier 2015, la Cour constitutionnelle allemande a considéré qu'une interdiction générale du port du voile par les enseignantes dans les écoles publiques était contraire à la Constitution, sauf si elle constitue un danger suffisamment concret pour la neutralité de l'État ou la paix scolaire (1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 9 DE LA CONVENTION

34. La requérante allègue que le non-renouvellement de son contrat d'assistance sociale est contraire à son droit à la liberté de manifester sa religion tel que prévu par l'article 9 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur la recevabilité

35. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève par ailleurs

qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) La requérante

36. La requérante soutient que, à la date du 11 décembre 2000, aucun texte de loi n'interdisait de manière expresse à un agent public, qu'il soit fonctionnaire ou contractuel, le port d'un signe religieux dans l'exercice de ses fonctions. L'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000 (paragraphe 26 ci-dessus) invoqué par le Gouvernement ne visait que les services de l'enseignement public, et la circulaire du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé (paragraphe 30 ci-dessus) n'était pas encore publiée. Elle estime, au contraire, qu'à cette date, la liberté de manifester sa religion, y compris pour un agent public, ne faisait pas l'objet de restrictions particulières. Selon elle, le droit applicable était formulé dans l'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 relatif à la compatibilité du port de signes d'appartenance à une communauté religieuse dans les établissements scolaires ; dans cet avis, le Conseil d'État admettait que le principe de neutralité n'est nullement remis en cause par le simple port d'un signe religieux dès lors qu'aucun comportement prosélyte ne peut être reproché à son porteur (l'avis est intégralement cité dans l'affaire *Dogru c. France* (n° 27058/05, § 26, 4 décembre 2008). Elle en conclut que l'ingérence n'est pas prévue par la « loi » au sens de la Convention.

37. La requérante estime par ailleurs que l'ingérence litigieuse ne poursuit pas un but légitime dès lors qu'aucun incident ou trouble ne sont survenus au cours de l'exercice de ses fonctions au sein du CASH. Elle déduit de la jurisprudence de la Cour qu'un État peut limiter la liberté de manifester une religion, par exemple le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté nuit à l'objectif visé de protection des droits et liberté d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique (*Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, § 111, CEDH 2005-XI, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* [GC], n°s 41340/98 et 3 autres, § 92, CEDH 2003-II).

38. Pour le reste, la requérante indique qu'elle porte une simple coiffe, qui présente un aspect banal, destinée à cacher sa chevelure qui ne porte pas atteinte, en soi, à la neutralité du service public. Elle fait valoir que le port de cette coiffe n'a causé aucune menace à la sécurité et à l'ordre public ni aucun trouble au sein de son service, un tel port ne constituant pas à lui seul un acte de prosélytisme, lequel suppose une attitude adoptée dans le but de susciter l'adhésion à une croyance. Selon la requérante, seul le port d'une

tenue complète comme la burqa ou le niqab doit être perçu comme un signe de séparatisme social et symbole d'un refus d'intégration, et être susceptible de faire l'objet d'une interdiction particulière.

39. La requérante précise qu'elle a pu porter sa coiffe jusqu'à un changement de poste au sein de la direction de l'établissement et qu'aucune remarque ne lui a jamais été faite avant ce changement, ni par le personnel hospitalier ni par les patients eux-mêmes. Elle fournit plusieurs attestations datant de décembre 2000 rédigées par des médecins du service psychiatrique concerné qui louent ses qualités professionnelles. Elle considère que le Gouvernement ne justifie pas les dysfonctionnements du service qu'il rapporte et soutient que le non-renouvellement de son contrat n'était motivé que par son appartenance à la religion musulmane et qu'il était disproportionné dans une société démocratique.

40. La requérante souligne à cet égard que la France est isolée. Elle fait valoir que, dans la majorité des pays européens, le port d'un signe religieux, tel que le foulard, par des élèves ou par des agents publics ne fait pas l'objet de mesures d'interdictions particulières. S'agissant des premiers, elle fait valoir que la loi française du 15 mars 2004 (*Dogru*, précité, § 30), inapplicable en l'espèce, encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, a suscité l'incompréhension générale. Quant aux agents publics, ils seraient autorisés à porter le foulard dans de nombreux pays : au Danemark, en Suède, en Espagne, en Italie, en Grèce et au Royaume-Uni. La requérante s'attarde sur la situation de ce dernier pays dans lequel le port du foulard islamique dans les écoles et dans les services publics est admis, ainsi que celui des couvre-chefs religieux en ce qui concerne les policiers, les soldats, les motocyclistes et les travailleurs de la construction. Enfin, la requérante estime utile de rappeler que les symboles religieux chrétiens dans l'espace public sont tolérés (crucifix dans les salles de classe, les tribunaux et les administrations) en Italie, en Irlande et en Autriche, ainsi que les signes non chrétiens.

b) Le Gouvernement

41. Le Gouvernement considère que l'ingérence litigieuse est « prévue par la loi », car le droit interne, au moment des faits, expose clairement le principe de stricte neutralité de tous les agents publics ainsi que les sanctions auxquelles ils s'exposent en cas de non-respect de ce principe. La « loi » en question, au sens de la jurisprudence de la Cour, comprend en premier lieu la loi de 1905 qui a consacré la neutralité de l'État face aux religions et l'article 1^{er} de la Constitution qui affirme le principe d'égalité devant la loi de tous les citoyens (paragraphe 21 ci-dessus). Elle englobe également la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui prévoit

en son article 29 que toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire. De plus, tant la jurisprudence des juridictions administratives depuis plus d'un demi-siècle (paragraphe 26 ci-dessus) que celle du Conseil constitutionnel (paragraphe 25 ci-dessus) rappellent l'obligation de neutralité des agents du service public dans leur fonction. Dans son avis du 3 mai 2000, le Conseil d'État est venu rappeler le principe général préexistant qu'est le principe de neutralité pour le décliner au cas qui lui était soumis.

42. Le Gouvernement ajoute que la requérante a librement adhéré au statut de la fonction publique hospitalière et à ses obligations, au titre desquelles figure l'obligation de neutralité de tout agent dans ses fonctions, lorsqu'elle a conclu les différents contrats la liant au CASH. Elle ne pouvait pas ignorer ces règles, compte tenu des rappels à ses obligations, par la directrice des ressources humaines le 30 novembre 2000, et antérieurement, par un cadre socio-éducatif de l'établissement lors d'un entretien faisant suite à des plaintes de certains patients refusant de la rencontrer en raison de sa tenue vestimentaire.

43. Selon le Gouvernement, l'interdiction pour un agent public de manifester ses croyances religieuses est motivée par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité autour duquel la République française s'est construite. Comme l'a déjà admis la Cour, la neutralité imposée par un État à ses agents poursuit ainsi le but légitime de protection des droits et libertés d'autrui (*Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V).

44. Le Gouvernement soutient que le non-renouvellement du contrat de la requérante était nécessaire dans une société démocratique. Le principe de neutralité des services publics impose que l'agent ne puisse porter aucun signe religieux, quel qu'il soit, même s'il ne se livre à aucun acte de prosélytisme. Il se réfère à cet égard à la jurisprudence de la Cour relative aux membres de la fonction publique quant à leur obligation de discrétion et à leur tenue vestimentaire (*Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 53, série A n° 323; *Kurtulmuş c. Turquie* (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-II). Il souligne l'importance toute particulière que revêt le principe de neutralité dans les circonstances de l'espèce où il est difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur particulièrement visible peut avoir sur la liberté de conscience de patients fragiles et influençables. Le Gouvernement ajoute que certains patients ont expressément refusé de rencontrer la requérante et que cette situation a créé un climat général de tension et de difficultés au sein de l'unité, entraînant pour les collègues de celle-ci, et certains travailleurs sociaux, la gestion de situations délicates. C'est au regard de ce climat général que le CASH a pris la décision litigieuse, après avoir rappelé à la requérante à plusieurs reprises l'obligation de neutralité, et non en raison

des compétences de celle-ci, toujours reconnues. Le Gouvernement estime que la décision litigieuse a respecté l'exigence de mise en balance des intérêts en présence ; elle est la conséquence du refus de la requérante de se conformer aux règles applicables à tout agent public dont elle était parfaitement informée et non, comme elle soutient, en raison de ses convictions religieuses. Enfin, si le port du signe religieux par la requérante a été admis par l'établissement hospitalier jusqu'en l'an 2000, cet élément ne saurait priver l'ingérence litigieuse de sa nécessité selon le Gouvernement. Il rappelle qu'« une application moins stricte d'une règle existante en fonction d'un contexte donné ne la prive pas de ses justifications et ne la rend pas juridiquement non contraignante » (*Kurtulmuş*, décision précitée).

45. Le Gouvernement soutient enfin que la mesure apparaît proportionnée au but poursuivi. Il souligne qu'en droit français, il n'y a aucun droit pour un agent public non titulaire au renouvellement de son contrat. L'autorité publique apprécie librement l'opportunité de renouvellement et seul un motif fondé sur la manière de servir de l'agent ou sur l'intérêt du service peut justifier le refus de renouvellement. En l'espèce, et comme l'ont relevé les juridictions nationales, c'est bien dans l'intérêt du service que la décision de non-renouvellement a été prise et cette décision n'est manifestement pas disproportionnée. Le Gouvernement conclut que l'ingérence était justifiée dans son principe et proportionnée à l'objectif visé.

2. *Appréciation de la Cour*

46. À titre liminaire, la Cour observe que le CASH a toujours employé le mot « coiffe » pour désigner la tenue de la requérante. Celle-ci a produit devant la Cour une photo d'elle entourée de ses collègues de service sur laquelle elle apparaît vêtue d'une coiffe qui couvre ses cheveux, sa nuque et ses oreilles, et son visage est complètement apparent. Ce couvre-chef qui s'apparente à un foulard ou à un voile islamique a été majoritairement qualifié par les juridictions nationales saisies du litige de voile, et c'est cette dernière dénomination que la Cour utilisera pour l'examen du grief de la requérante.

a) **Sur l'existence d'une ingérence**

47. La Cour relève que le non-renouvellement du contrat de la requérante est motivé par son refus d'enlever son voile qui, bien que non désigné ainsi par l'administration, était l'expression non contestée de son appartenance à la religion musulmane. La Cour n'a pas de raison de douter que le port de ce voile constituait une « manifestation » d'une conviction religieuse sincère protégée par l'article 9 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Leyla Şahin*, précité, § 78, *Bayatyan c. Arménie* [GC], n° 23459/03, § 111,

CEDH 2011, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n^{os} 48420/10 et 3 autres, §§ 82, 89 et 97, CEDH 2013). C'est à l'État, en tant qu'employeur de la requérante, que doit être imputé la décision de ne pas renouveler son contrat et d'engager une procédure disciplinaire contre elle. Cette mesure doit en conséquence s'analyser comme une ingérence dans son droit à la liberté de manifester sa religion ou sa conviction tel qu'il se trouve garanti par l'article 9 de la Convention (*Eweida et autres*, précité, §§ 83-84 et 97).

b) Sur la justification de l'ingérence

i. Prévues par la loi

48. Les mots « prévue par la loi » veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en cause : ils exigent l'accessibilité de celle-ci à la personne concernée, qui de surcroît doit pouvoir en prévoir les conséquences pour elle, et sa compatibilité avec la prééminence du droit. Cette expression implique donc notamment que la législation interne doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à des mesures affectant leurs droits protégés par la Convention. D'après la jurisprudence constante de la Cour, la notion de « loi » doit être entendue dans son acception « matérielle » et non « formelle ». En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris les textes de rang infralégislatif, ainsi que la jurisprudence qui l'interprète (*Fernández Martínez c. Espagne* [GC], n^o 56030/07, § 117, CEDH 2014, *Dogru*, précité, § 52).

49. En l'espèce, la requérante souligne l'absence de textes dans la législation française, à la date du 11 décembre 2000, visant à interdire le port de signes religieux. Elle estime que l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000 ne concernait que les enseignants et que seul celui du 27 novembre 1989 relatif au port de signes d'appartenance à une communauté religieuse dans les établissements scolaires constituait la « loi » applicable (paragraphe 36 ci-dessus). La Cour observe que ce dernier avis ne concerne que le droit reconnu aux élèves de manifester leurs croyances religieuses et qu'il ne traite pas de la situation des agents du service public.

50. La Cour constate que l'article 1^{er} de la Constitution française dispose notamment que la France est une République laïque, qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens. Elle observe que, dans le droit de l'État défendeur, cette disposition constitutionnelle établit le fondement du devoir de neutralité et d'impartialité de l'État à l'égard de toutes les croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci et qu'elle est interprétée et lue conjointement avec l'application qu'en ont fait les juridictions

nationales. À cet égard, la Cour retient qu'il ressort de la jurisprudence administrative que la neutralité des services publics constitue un élément de la laïcité de l'État et que, dès 1950, le Conseil d'État a affirmé le « devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent », notamment dans le domaine de l'enseignement (paragraphe 26-27 ci-dessus). Par ailleurs, elle relève que le Conseil Constitutionnel a souligné que le principe de neutralité, qui a pour corollaire celui d'égalité, constitue un principe fondamental du service public (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour en déduit que la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel constituaient une base légale suffisamment sérieuse pour permettre aux autorités nationales de restreindre la liberté religieuse de la requérante.

51. La Cour reconnaît néanmoins que le contenu de l'obligation de neutralité ainsi affirmée, même s'il était de nature à mettre en garde la requérante, ne comportait pas de mention ou d'application se référant explicitement à la profession qu'elle exerçait. Elle accepte donc que, lorsqu'elle a pris ses fonctions, la requérante ne pouvait pas prévoir que l'expression de ses convictions religieuses subirait des restrictions. Elle considère cependant qu'à compter de la publication de l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000, rendu plus de six mois avant la décision de ne pas renouveler son contrat, et dont les termes lui ont été rappelés par l'administration (paragraphe 8 ci-dessus), ces restrictions étaient énoncées avec suffisamment de clarté pour qu'elle prévienne que le refus d'ôter son voile constituait une faute l'exposant à une sanction disciplinaire. Cet avis, bien que répondant spécifiquement à une question portant sur le service public de l'enseignement, indique en effet que le principe de laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'applique à l'ensemble des services publics. Il souligne que l'agent doit bénéficier de la liberté de conscience, mais que cette liberté doit se concilier, du point de vue de son expression, avec le principe de neutralité du service, qui fait obstacle au port d'un signe destiné à marquer son appartenance à une religion. En outre, en cas de manquement à cette obligation de neutralité, il précise que les suites à donner sur le plan disciplinaire doivent être appréciées au cas par cas en fonction des circonstances particulières (paragraphe 26 ci-dessus). La Cour constate ainsi que l'avis du 3 mai 2000 détermine clairement les modalités de l'exigence de neutralité religieuse des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions au regard du principe de laïcité et de neutralité, et satisfait à l'exigence de prévisibilité et d'accessibilité de « la loi » au sens de la jurisprudence de la Cour. La mesure critiquée était donc prévue par la loi au sens du paragraphe 2 de l'article 9.

ii. *But légitime*

52. À la différence des parties dans l'affaire *Leyla Şahin* (précitée, § 99), la requérante et le Gouvernement ne s'accordent pas sur l'objectif de la restriction litigieuse. Le Gouvernement invoque le but légitime de la protection des droits et libertés d'autrui qu'implique le principe constitutionnel de laïcité tandis que la requérante dénie tout incident au cours de l'exercice de ses fonctions qui aurait pu motiver l'ingérence dans son droit à la liberté de manifester ses convictions religieuses.

53. Eu égard aux circonstances de la cause et au motif retenu pour ne pas renouveler le contrat de la requérante, à savoir l'exigence de neutralité religieuse dans un contexte de vulnérabilité des usagers du service public, la Cour estime que l'ingérence litigieuse poursuivait pour l'essentiel le but légitime qu'est la protection des droits et libertés d'autrui (voir, *mutatis mutandis*, *Leyla Şahin*, précité, §§ 99 et 116, *Kurtulmuş*, précité, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98, § 43, 23 février 2010). Il s'agissait en l'espèce de préserver le respect de toutes les croyances religieuses et orientations spirituelles des patients, usagers du service public et destinataires de l'exigence de neutralité imposée à la requérante, en leur assurant une stricte égalité. L'objectif était également de veiller à ce que ces usagers bénéficient d'une égalité de traitement sans distinction de religion. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a considéré que la politique d'un employeur visant à promouvoir l'égalité des chances ou à éviter tout comportement discriminatoire à l'égard d'autrui poursuivait le but légitime de protéger les droits d'autrui (voir, *mutatis mutandis*, le cas de M^{me} Ladele et celui de M. McFarlane, dans l'arrêt *Eweida et autres*, précité, §§ 105-106 et 109). Elle rappelle également que la sauvegarde du principe de laïcité constitue un objectif conforme aux valeurs sous-jacentes de la Convention (*Leyla Şahin*, précité, § 114). Dans ces conditions, la Cour est d'avis que l'interdiction faite à la requérante de manifester ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions poursuivait un objectif de protection « des droits et libertés d'autrui » et que cette restriction ne devait pas nécessairement être motivée, en plus, par des contraintes de « sécurité publique » ou de « protection de l'ordre » qui figurent au second paragraphe de l'article 9 de la Convention.

iii. *Nécessaire dans une société démocratique*

a) Principes généraux

54. S'agissant des principes généraux, la Cour renvoie à l'arrêt *Leyla Şahin* (précité, §§ 104-111) dans lequel elle a rappelé que si la liberté de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » (*ibidem*, § 104 ; voir, également sur les principes généraux, *Kokkinakis*

c. Grèce, 25 mai 1993, § 31, série A n° 260-A) l'article 9 de la Convention ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction. Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun. Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 9 et des obligations positives qui incombent à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention (*Leyla Şahin*, précité, § 106).

55. Dans cet arrêt, la Cour a également rappelé qu'à maintes reprises, elle avait mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Ainsi, le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci, et la Cour considère que ce devoir impose à l'État de s'assurer que des groupes opposés se tolèrent. Dès lors, le rôle des autorités dans ce cas n'est pas de supprimer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais de s'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent (*ibidem*, § 107).

56. Par ailleurs, lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. La Cour a souligné que tel était le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question. Renvoyant notamment à l'affaire *Dahlab* précitée, la Cour a précisé qu'il n'était pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société et que le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse n'étaient pas les mêmes suivant les époques et les contextes. Elle a observé que la réglementation en la matière pouvait varier par conséquent d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et liberté d'autrui et le maintien de l'ordre public. Elle en a déduit que le choix quant à l'étendue et aux modalités d'une telle réglementation doit, par la force des choses, être dans une certaine mesure laissé à l'État concerné, puisqu'il dépend du contexte national considéré (*Leyla Şahin*, précité, § 109).

57. Dans l'affaire *Kurtulmuş* précitée, qui concernait l'interdiction faite à une enseignante de l'université d'Istanbul de porter le foulard islamique, la Cour a souligné que les principes rappelés au paragraphe 51 ci-dessus s'appliquent également aux membres de la fonction publique : « s'il apparaît légitime pour l'État de soumettre ces derniers, en raison de leur statut, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses, il s'agit néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 9 de la Convention ». Elle a indiqué à cette occasion, en renvoyant aux affaires *Leyla Şahin* et *Dahlab* précitées, que, « dans une société démocratique, l'État peut limiter le port du foulard islamique si cela nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui et de l'ordre ». Faisant application de ces principes, la Cour a relevé que « les règles relatives à la tenue vestimentaire des fonctionnaires s'imposent de manière égale à tous les fonctionnaires, quelles que soient leurs fonctions et leurs convictions religieuses. Elles impliquent que tout fonctionnaire, représentant de l'État dans l'exercice de ses fonctions, ait une apparence neutre afin de préserver le principe de la laïcité et celui de la neutralité de la fonction publique qui en découle. Selon ces règles, un fonctionnaire doit être nu-tête sur son lieu de travail » (*Kurtulmuş*, décision précitée). Elle a admis, eu égard notamment à l'importance du principe de laïcité, fondateur de l'État turc, que « l'interdiction de porter le voile était justifiée par les impératifs liés aux principes de neutralité de la fonction publique », et rappelé à cet égard, en se référant à l'arrêt *Vogt* précité, qu'elle avait admis dans le passé « qu'un État démocratique [puisse être] en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie ».

58. Toujours dans le contexte de l'enseignement public, la Cour a mis l'accent sur l'importance du respect de la neutralité de l'État dans le cadre de l'activité d'enseignement dans le primaire public, où les enfants en bas âge sont influençables (*Dahlab*, précité).

59. Récemment, dans plusieurs affaires concernant la liberté de religion au travail, la Cour a énoncé que « [v]u l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique, la Cour considère que, dès lors qu'il est tiré grief d'une restriction à cette liberté sur le lieu de travail, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi exclurait toute ingérence dans l'exercice du droit en question, il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction » (*Eweida et autres*, précité, § 83).

β) Application au cas d'espèce

60. La Cour relève d'emblée que, outre le rappel du principe de neutralité des services publics, l'administration a indiqué à la requérante les

raisons pour lesquelles ce principe justifiait une application particulière à l'égard d'une assistante sociale dans un service psychiatrique d'un hôpital. L'administration avait identifié les problèmes qu'entraînait son attitude au sein du service concerné et tenté de l'inciter à renoncer à afficher ses convictions religieuses (paragraphe 8 ci-dessus).

61. La Cour observe que les juridictions nationales ont validé le non-renouvellement du contrat de la requérante en affirmant explicitement que le principe de neutralité des agents s'applique à tous les services publics, et pas seulement à celui de l'enseignement, et qu'il vise à protéger les usagers de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience. Le tribunal administratif, dans le jugement du 17 octobre 2002, avait accordé du poids à la fragilité de ces usagers et considéré que l'exigence de neutralité imposée à la requérante était d'autant plus impérative qu'elle était en contact avec des patients se trouvant dans un état de fragilité ou de dépendance (paragraphe 11 ci-dessus).

62. La Cour observe encore qu'il n'a pas été reproché à la requérante d'actes de pression, de provocation ou de prosélytisme vis-à-vis des patients ou des collègues de l'hôpital. Le port de son voile fut cependant considéré comme une manifestation ostentatoire de sa religion incompatible avec l'espace de neutralité qu'exige un service public. Il a alors été décidé de ne pas renouveler son contrat et d'entamer une procédure disciplinaire contre elle en raison de sa persistance à le porter durant son service.

63. C'est le principe de laïcité, au sens de l'article 1^{er} de la Constitution française, et le principe de neutralité des services publics qui en découle, qui ont été opposés à la requérante, en raison de la nécessité d'assurer l'égalité de traitement des usagers de l'établissement public qui l'employait et qui exigeait, quels que puissent être ses croyances religieuses ou son genre, qu'elle obéisse au strict devoir de neutralité dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agissait, selon les juridictions nationales, d'assurer la neutralité de l'État afin de garantir son caractère laïc et de protéger ainsi les usagers du service, les patients de l'hôpital, de tout risque d'influence ou de partialité, au nom de leur droit à la liberté de conscience (paragraphe 11, 16 et 25 ci-dessus; voir, également, la formulation retenue par la suite dans la circulaire relative à la laïcité dans les établissements de santé, paragraphe 30 ci-dessus). Il ressort ainsi clairement du dossier que c'est bien l'impératif de la protection des droits et liberté d'autrui, c'est-à-dire le respect de la liberté de religion de tous, et non ses convictions religieuses, qui a fondé la décision litigieuse.

64. La Cour a déjà admis que les États pouvaient invoquer le principe de laïcité et de neutralité de l'État pour justifier des restrictions au port de signes religieux par des fonctionnaires, en particulier des enseignants exerçant dans des établissements publics (paragraphe 57 ci-dessus). C'est

leur statut d'agent public, qui les distingue des simples citoyens qui « ne sont aucunement des représentants de l'État dans l'exercice d'une fonction publique » et qui ne sont pas « soumis, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses » (*Ahmet Arslan et autres*, précité, § 48), qui leur impose vis-à-vis des élèves une neutralité religieuse. De la même manière, la Cour peut accepter dans les circonstances de l'espèce que l'État qui emploie la requérante au sein d'un hôpital public, dans lequel elle se trouve en contact avec les patients, juge nécessaire qu'elle ne fasse pas état de ses croyances religieuses dans l'exercice de ses fonctions pour garantir l'égalité de traitement des malades. Dans cet esprit, la neutralité du service public hospitalier peut être considérée comme liée à l'attitude de ses agents et exigeant que les patients ne puissent douter de leur impartialité.

65. Il reste donc à la Cour à vérifier que l'ingérence litigieuse est proportionnée par rapport à ce but. Quant à la marge d'appréciation reconnue à l'État en l'espèce, la Cour observe qu'une majorité d'États au sein du Conseil de l'Europe ne réglementent pas le port de vêtements ou symboles à caractère religieux sur le lieu de travail, y compris pour les fonctionnaires (paragraphe 32 ci-dessus) et que seuls cinq États (sur vingt-six) dont la France sont recensés comme interdisant totalement le port de signes religieux à leur égard. Toutefois, comme cela a été rappelé (paragraphe 56 ci-dessus), il convient de prendre en compte le contexte national des relations entre l'État et les Églises, qui évolue dans le temps, avec les mutations de la société. Ainsi, la Cour retient que la France a opéré une conciliation entre le principe de neutralité de la puissance publique et la liberté religieuse, déterminant de la sorte l'équilibre que doit ménager l'État entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (paragraphe 21-28 ci-dessus), ce qui laisse au gouvernement défendeur une ample marge d'appréciation (*Leyla Şahin*, précité, § 109, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, § 42, 23 septembre 2010). En outre, la Cour a déjà indiqué que dans le milieu hospitalier une large marge d'appréciation doit être accordée aux autorités internes, les responsables hospitaliers étant mieux placés pour prendre des décisions dans leur établissement que le juge ou, qui plus est, un tribunal international (*Eweida et autres*, précité, § 99).

66. La question principale qui se pose en l'espèce est donc celle de savoir si l'État a outrepassé sa marge d'appréciation en décidant de ne pas renouveler le contrat de la requérante. À cet égard, la Cour constate qu'en France, les agents du service public bénéficient du droit au respect de leur liberté de conscience qui interdit notamment toute discrimination fondée sur la religion dans l'accès aux fonctions ou dans le déroulement de leur carrière. Cette liberté est spécialement garantie par l'article 6 de la loi du 13 juillet

1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et doit se concilier avec les nécessités du fonctionnement du service (paragraphe 25 ci-dessus). Il leur est cependant interdit de manifester leurs croyances religieuses dans l'exercice de leurs fonctions (paragraphe 25-26 ci-dessus). L'avis du 3 mai 2000 précité énonce ainsi clairement que la liberté de conscience des agents doit se concilier, exclusivement du point de vue de son expression, avec l'obligation de neutralité. La Cour réitère qu'une telle limitation trouve sa source dans le principe de laïcité de l'État, qui, selon le Conseil d'État, «intéresse les relations entre les collectivités publiques et les particuliers» (paragraphe 28 ci-dessus), et de celui de neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement de ces services et vise au respect de toutes les convictions.

67. Or la Cour souligne qu'elle a déjà approuvé une mise en œuvre stricte du principe de laïcité (désormais érigée au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit, paragraphe 24 ci-dessus) et de neutralité lorsqu'il s'agit d'un principe fondateur de l'État, ce qui est le cas de la France (voir, *mutatis mutandis*, *Kurtulmuş*, et *Dalhab*, précités). Le principe de laïcité et de neutralité constitue l'expression d'une règle d'organisation des relations de l'État avec les cultes, qui implique son impartialité à l'égard de toutes les croyances religieuses dans le respect du pluralisme et de la diversité. La Cour estime que le fait que les juridictions nationales ont accordé plus de poids à ce principe et à l'intérêt de l'État qu'à l'intérêt de la requérante de ne pas limiter l'expression de ses croyances religieuses ne pose pas de problème au regard de la Convention (paragraphe 54-55 ci-dessus).

68. Elle observe à cet égard que l'obligation de neutralité s'applique à l'ensemble des services publics, ainsi que l'ont maintes fois rappelé le Conseil d'État et la Cour de cassation récemment (paragraphe 26-27 ci-dessus), et que le port d'un signe d'appartenance religieuse par les agents dans l'exercice de leurs fonctions constitue, par principe, un manquement à leurs obligations (paragraphe 25-26 ci-dessus). Il ne ressort en effet d'aucun texte ou d'aucune décision du Conseil d'État que l'obligation de neutralité litigieuse pourrait être modulée selon les agents et les fonctions qu'ils exercent (paragraphe 26 et 31 ci-dessus). La Cour est consciente qu'il s'agit d'une obligation stricte qui puise ses racines dans le rapport traditionnel qu'entretiennent la laïcité de l'État et la liberté de conscience, tel qu'il est énoncé à l'article 1^{er} de la Constitution (paragraphe 21 ci-dessus). Selon le modèle français, qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier en tant que tel, la neutralité de l'État s'impose aux agents qui le représentent. La Cour retient toutefois qu'il incombe au juge administratif de veiller à ce que l'administration ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de

conscience des agents publics lorsque la neutralité de l'État est invoquée (paragraphe 26 et 28 ci-dessus).

69. Dans ce contexte, la Cour observe que les conséquences disciplinaires du refus de la requérante de retirer son voile pendant son service ont été appréciées par l'administration « compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire [du] signe, comme des autres circonstances » (paragraphe 26 ci-dessus). L'administration a utilement souligné à ce titre que l'exigence de neutralité requise était impérative compte tenu des contacts qu'elle avait avec les patients (paragraphe 13 ci-dessus). Elle a par ailleurs, en des termes qui auraient mérité d'être plus développés, fait état de difficultés dans le service (paragraphe 8 ci-dessus). Les juges du fond ont, pour leur part, essentiellement retenu la conception française du service public et le caractère ostentatoire du voile pour considérer qu'il n'était pas porté une atteinte excessive à la liberté religieuse de la requérante. Ainsi, si le port d'un signe religieux par la requérante a constitué un manquement fautif à son devoir de neutralité, l'impact de cette tenue dans l'exercice de ses fonctions a été pris en compte pour évaluer la gravité de cette faute et décider de ne pas renouveler son contrat. La Cour constate que l'article 29 de la loi du 13 juillet 1983 ne donne pas de définition de la faute (paragraphe 41 ci-dessus) et que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Elle remarque que cette dernière a recueilli des témoignages pour considérer qu'elle disposait d'éléments suffisants pour tenter une procédure disciplinaire contre la requérante (paragraphe 8 ci-dessus). Le juge administratif n'a par ailleurs pas censuré la sanction de non-renouvellement du contrat, la considérant proportionnée à la faute, eu égard au devoir de neutralité des agents publics. La Cour considère que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier la proportionnalité de la sanction, qui doit être déterminée au regard de l'ensemble des circonstances dans lesquelles un manquement a été constaté, afin de respecter l'article 9 de la Convention.

70. La Cour relève que la requérante, pour qui il était important de manifester sa religion par le port visible d'un voile en raison de ses convictions religieuses, s'exposait à la lourde conséquence d'une procédure disciplinaire. Cependant, il ne fait pas de doute que, postérieurement à la publication de l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000, elle savait qu'elle était tenue de se conformer à une obligation de neutralité vestimentaire au cours de l'exercice de ses fonctions (paragraphe 26 et 51 ci-dessus). L'administration le lui a rappelé et lui a demandé de reconsidérer le port de son voile. C'est en raison de son refus de se conformer à cette obligation que la requérante s'est vu notifier le déclenchement de la procédure disciplinaire, indépendamment de ses qualités professionnelles. Elle a alors bénéficié des garanties de

la procédure disciplinaire ainsi que des voies de recours devant les juridictions administratives. Elle a par ailleurs renoncé à se présenter au concours d'assistante sociale organisé par le CASH, alors qu'elle était inscrite sur la liste des candidats que cet établissement a dressée en parfaite connaissance de cause (paragraphe 10 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour estime que les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en constatant l'absence de conciliation possible entre les convictions religieuses de la requérante et l'obligation de ne pas les manifester puis en décidant de faire primer l'exigence de neutralité et d'impartialité de l'État.

71. Il ressort du rapport annuel 2013-2014 de l'Observatoire de la laïcité, en sa partie « État des lieux concernant la laïcité dans les établissements de santé » (paragraphe 29 ci-dessus), que les différends nés de la manifestation des convictions religieuses de personnes travaillant au sein des services hospitaliers sont appréciés au cas par cas, la conciliation des intérêts en présence étant faite par l'administration dans le souci de trouver des solutions à l'amiable. Cette volonté de conciliation est confirmée par la rareté du contentieux de cette nature porté devant les juridictions, ainsi qu'il ressort de la circulaire de 2005 ou des études récentes sur la laïcité (paragraphe 26 et 30 ci-dessus). Enfin, la Cour observe que l'hôpital est un lieu où il est demandé également aux usagers, qui ont pourtant la liberté d'exprimer leurs convictions religieuses, de contribuer à la mise en œuvre du principe de laïcité en s'abstenant de tout prosélytisme et en respectant l'organisation du service et les impératifs de santé et d'hygiène en particulier (paragraphe 23 et 29-30 ci-dessus) ; en d'autres termes, la réglementation de l'État concerné y fait primer les droits d'autrui, l'égalité de traitement des patients et le fonctionnement du service sur les manifestations des croyances religieuses, ce dont elle prend acte.

72. Eu égard à tout ce qui précède, la Cour estime que l'ingérence litigieuse peut passer pour proportionnée au but poursuivi. Partant, l'ingérence dans l'exercice par la requérante de sa liberté de manifester sa religion était nécessaire dans une société démocratique, et il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention ;

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 novembre 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Milan Blaško
Greffier adjoint

Josep Casadevall
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 en partie concordante et en partie dissidente de la juge O'Leary;
- opinion dissidente du juge De Gaetano.

J.C.M.
M.B.

OPINION EN PARTIE CONCORDANTE ET EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE O'LEARY

(Traduction)

En l'espèce, j'ai voté en faveur du constat de non-violation de l'article 9 de la Convention, pour deux raisons. D'une part, la jurisprudence de la Cour relative à l'article 9 – en particulier les pans qui traitent du principe de laïcité et de neutralité dans certains secteurs, principalement dans l'éducation, et dans certains États membres, surtout en France et en Turquie – pourrait être invoquée à l'appui de la conclusion de la majorité selon laquelle l'ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit de manifester sa conviction religieuse sur son lieu de travail était justifiée et proportionnée (partie I). D'autre part, il est clairement établi que les États membres jouissent d'une ample, voire très ample, marge d'appréciation lorsque se trouvent en jeu des questions relatives aux rapports entre l'État et les religions (partie II).

Cela étant, l'appréciation par la majorité de certains aspects de la présente affaire appelle, à mon sens, d'autres observations et réflexions.

I. L'arrêt *Ebrahimian* dans le contexte de la jurisprudence existante de la Cour relative à l'article 9

Comme indiqué ci-dessus, la jurisprudence de la Cour citée aux paragraphes 52 à 59 du présent arrêt *pourrait* être invoquée à l'appui de l'interdiction faite en France aux agents publics d'arborer des symboles religieux.

Toutefois, toutes les affaires citées, à l'exception d'une, avaient pour objet des restrictions au droit d'un individu de manifester sa liberté de religion dans un contexte éducatif. En ce qui concerne les enseignants, la Cour a examiné dans chacune de ces affaires le point de savoir si un juste équilibre avait été ménagé entre, d'une part, le droit des enseignants de manifester leurs convictions religieuses et, d'autre part, le respect de la neutralité de l'enseignement public et la protection des intérêts légitimes des élèves et des étudiants, dans le but d'assurer la cohabitation pacifique d'étudiants de croyances diverses et de protéger ainsi l'ordre public et les croyances d'autrui. Dans ces affaires, le raisonnement de la Cour, lorsqu'elle a conclu à la non-violation ou rejeté les griefs pour défaut manifeste de fondement, était intimement lié au rôle de l'éducation et des enseignants dans la société, à la vulnérabilité relative des élèves et à l'impact ou l'influence que des symboles religieux pouvaient avoir sur ces derniers¹. Dans la jurisprudence

1. Voir, selon le cas, *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CEDH 2001-V, *Kurtulmuş c. Turquie* (déc.), n° 65500/01, CEDH 2006-II, et *Karaduman c. Turquie* (déc.), n° 41296/04, 3 avril 2007.

concernant les élèves, les mêmes préoccupations émergent relativement à la neutralité de l'enseignement public et à la nécessité de protéger des élèves et des étudiants vulnérables facilement influençables contre les pressions et le prosélytisme². Dans une de ces affaires seulement (*Kurtulmuş*) la Cour s'est exprimée en termes plus larges, ne se limitant apparemment pas aux spécificités du secteur de l'éducation, lorsqu'elle a conclu que l'enseignante requérante avait choisi de devenir fonctionnaire et que les règles relatives à la tenue vestimentaire des fonctionnaires s'imposaient de manière égale à tous les fonctionnaires, quelles que fussent leurs fonctions et leurs convictions religieuses³.

La seule autre affaire examinée au regard de l'article 9 sur le port de symboles religieux sur le lieu de travail est l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*⁴, qui à la fois est pertinente pour la présente affaire (voir ci-après) et s'en distingue totalement. Elle se différencie de la présente espèce en ce que, concernant M^{me} Eweida, la première requérante dans ladite affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 9 ; tout en considérant que la volonté de l'employeur du secteur privé de la requérante de protéger sa marque était légitime, elle a estimé que l'ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit était disproportionnée. Quant à M^{me} Chaplin, la seconde requérante, qui était infirmière dans un hôpital public, l'interdiction qui lui avait été faite d'arborer une croix était motivée par des raisons de santé publique et de sécurité dans un service hospitalier. Dans ces conditions, la Cour n'a pu conclure que les mesures en question étaient disproportionnées.

Un aperçu de la jurisprudence existante renferme donc des exemples clairs, dans des affaires dirigées contre la Turquie et la France, où la Cour a tenu compte du principe de laïcité et de neutralité pour justifier des interdictions de porter des symboles religieux. Toutefois, une lecture attentive de ces affaires permet également de constater que ces principes abstraits ont été dans chaque cas traduits dans une forme plus concrète⁵ que dans le présent arrêt, avant qu'ils ne puissent être invoqués pour mettre en échec le droit individuel du requérant en question de manifester ses convictions religieuses. En outre, dans toutes ces affaires, et nonobstant l'ample référence

2. Voir, selon le cas, *Köse et autres c. Turquie* (déc.), n° 26625/02, CEDH 2006-II, *Dogru c. France*, n° 27058/05, 4 décembre 2008, *Kervanci c. France*, n° 31645/04, 4 décembre 2008, *Gamaleddyn c. France* (déc.), n° 18527/08, 30 juin 2009, *Aktas c. France* (déc.), n° 43563/08, 30 juin 2009, *Ranjit Singh c. France* (déc.), n° 27561/08, 30 juin 2009, *Jasvir Singh c. France* (déc.), n° 25463/08, 30 juin 2009, et *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI.

3. Voir, pour confirmation de *Kurtulmuş*, bien que dans un contexte différent, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98, § 48, 23 février 2010.

4. *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10 et 3 autres, CEDH 2013.

5. Voir la référence, par exemple, dans *Leyla Şahin* (précité, § 116), aux « valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, en particulier, d'égalité des hommes et des femmes ».

aux fonctionnaires dans l'affaire *Kurtulmuş*, les décisions et arrêts de la Cour sont adaptés au contexte éducatif en jeu.

En tant que tel, le présent arrêt en l'espèce étend au service public de manière générale une jurisprudence auparavant restreinte à un secteur et fondée sur une justification spécifiquement liée à ce secteur et au rôle de l'éducation dans la société. En outre, si l'issue de la présente affaire est dans une certaine mesure limitée – la requérante, employée sur la base d'un contrat à durée déterminée, a découvert que celui-ci n'avait pas été renouvelé en raison de son refus de retirer son foulard – les conséquences de l'arrêt ne le sont pas. Selon l'interprétation donnée à la dernière partie de l'arrêt sur la proportionnalité (partie V), le port ostensible de symboles religieux par les employés des organismes publics français est interdit et conduit à leur licenciement ou au non-renouvellement de leur contrat⁶. Une interdiction générale est donc justifiée au regard du principe de laïcité et de neutralité et jugée proportionnée. Toutefois, l'arrêt ne traite guère de cette extension considérable d'une jurisprudence développée exclusivement dans le domaine de l'éducation.

II. L'ample marge d'appréciation des États membres et l'article 9

La marge d'appréciation très ample accordée aux États membres dans ce contexte constitue une autre raison, peut-être plus forte encore, de voter pour un constat de non-violation, eu égard aux arrêts récents de la Grande Chambre concernant l'article 9 et à d'autres arrêts plus anciens⁷. Comme le présent arrêt le rappelle, lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Comme nous l'avons vu ci-dessus, tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, d'autant plus au vu de la diversité des approches nationales quant à cette question⁸.

6. L'arrêt ne se limite pas non plus aux fonctionnaires, la requérante ayant été simplement employée d'un organisme public et n'ayant pas joui des avantages que confère la fonction publique ni, sans doute, des obligations qu'elle impose. Cet aspect à lui seul distingue la présente affaire de l'affaire *S.A.S. c. France* ([GC], n° 43835/11, CEDH 2014), où le but légitime et la marge d'appréciation reconnue par la Cour étaient également très larges mais où le champ d'application de la législation dénoncée était très étroit.

7. Voir, notamment, *S.A.S. c. France*, précité, et *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, CEDH 2011.

8. Voir le paragraphe 56 de l'arrêt et la jurisprudence qui y est citée. Voir, toutefois, l'opinion dissidente jointe à l'arrêt *Leyla Şahin*, paragraphe 3, sur la question de savoir si l'on peut réellement considérer qu'il existe une « diversité des pratiques nationales » et, donc, une absence de consensus européen. Voir également l'analyse comparative des États membres du Conseil de l'Europe au paragraphe 47 de l'arrêt

À la lumière de cette jurisprudence constante, eu égard au rôle subsidiaire de la Cour et compte tenu de l'importance fondamentale dans la société française des principes invoqués par le Gouvernement, il ne faut pas interpréter la présente opinion séparée comme un déni de la marge d'appréciation de l'État français dans ce domaine. Il n'appartient pas à la Cour, comme le présent arrêt le souligne au paragraphe 68, d'apprécier le modèle français de laïcité en tant que tel.

Cependant, une ample marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen dans les cas où la Convention s'applique, ce qui est clairement le cas en l'espèce, et la marge d'appréciation, aussi ample soit-elle, ne peut suffire à éviter ce contrôle.

III. Sur le point de savoir si la mesure était « prévue par la loi » à l'époque des faits

En concluant que la restriction apportée aux droits de la requérante était prévue par la loi, le présent arrêt s'appuie sur la Constitution française ainsi que sur la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, citant en particulier l'avis du Conseil d'État du 3 mai 2000, qui concernait le port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement.

Or, si l'on examine attentivement le cadre législatif et jurisprudentiel présenté aux paragraphes 21 à 31 de l'arrêt, en accordant une attention particulière à la chronologie, il n'est pas certain que l'interdiction en question dans la présente affaire fût accessible et prévisible au sens de la jurisprudence de notre Cour en 1999, lorsque la requérante a été engagée, ou en 2000, lorsque son contrat n'a pas été renouvelé. La loi de 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (mentionnée au paragraphe 25 de l'arrêt) semble vague et floue, tout comme la circulaire de 1995 relative aux droits des patients. Seule une décision pertinente du Conseil d'État antérieure à la date du non-renouvellement du contrat de la requérante est invoquée et encore elle n'est antérieure que de quelques mois⁹. La décision dans cette affaire concernait le port de symboles religieux dans des établissements d'enseignement et renfermait simplement un *obiter* d'une ligne selon lequel il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents du service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement. Cependant, dans un avis antérieur de 1989, invoqué par la requérante, le Conseil d'État avait dit que « le port par les élèves de signes par lesquels ils entend[ai]ent manifester leur

Eweida et autres.

9. Si, quoi qu'il en soit, l'avis du Conseil d'État de 2000 est l'événement essentiel en l'espèce (paragraphe 70 de l'arrêt), on peut se demander pourquoi l'équité n'exigeait pas un délai raisonnable pour que les personnes intéressées puissent en prendre connaissance. Voir, dans le contexte de l'épuisement, *Valada Matos das Neves c. Portugal*, n° 73798/13, § 105, 29 octobre 2015.

appartenance à une religion n'[était] pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité»¹⁰. D'après cet avis du Conseil d'État, des problèmes se posent uniquement si par les conditions dans lesquelles les signes seraient arborés, et en particulier par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, ils constitueraient un acte de pression ou de provocation.

Toutes les autres décisions, circulaires, etc., mentionnées dans ces paragraphes de l'arrêt sont postérieures, dans certains cas de plus d'une décennie, au non-renouvellement du contrat de la requérante. Au paragraphe 25 du présent arrêt, il est confirmé que l'Assemblée nationale n'a adopté qu'en octobre 2015 un projet de loi modifiant la loi de 1983 en vue d'y inscrire une obligation expresse pour les agents publics d'exercer leurs fonctions dans le respect du principe de laïcité en s'abstenant de manifester leur opinion religieuse dans l'exercice de leurs fonctions. Il ressort du paragraphe 30 qu'une circulaire relative à la laïcité dans les établissements de santé n'a été adoptée qu'en 2005¹¹.

Dans ces circonstances, il est difficile de conclure que lorsque la requérante a signé son contrat avec le CASH, elle aurait pu prévoir que le port du foulard islamique (qu'elle avait de surcroît porté lors de son entretien et pendant plusieurs mois après avoir commencé à travailler sans provoquer aucun commentaire) conduirait à une procédure disciplinaire et, en fait, à son renvoi. Bien sûr, ainsi que la Cour l'a reconnu, le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes, et la réglementation en la matière peut par conséquent varier d'un pays à l'autre¹². Toutefois, plus la marge d'appréciation accordée à l'État est large, plus le cadre juridique sur lequel elle se fonde doit être accessible et prévisible. Il n'est pas certain que ce critère fût satisfait en 1999-2000 et le présent arrêt peut être interprété comme appréciant l'exigence de légalité non pas en référence à la loi, telle qu'elle était en vigueur à l'époque, mais en référence à la loi telle qu'elle est en vigueur actuellement, à la suite d'un large débat, incontestablement sensible, durant quinze ans dans la société française.

IV. Sur le point de savoir si la mesure poursuivait un but légitime

L'affaire en l'espèce représente un autre cas où un État membre invoque un principe abstrait ou des idéaux – celui de neutralité et de laïcité – pour

10. Voir l'avis du Conseil d'État (n° 346.893) du 27 novembre 1989, qui concernait des élèves, reproduite au paragraphe 26 de l'arrêt *Dogru*, précité.

11. Voir, *a contrario*, le cadre juridique très différent décrit aux paragraphes 37, 39, 41 et 120 de l'arrêt *Leyla Şahin*, précité, ou le cadre juridique français, beaucoup plus clair, en jeu dans l'arrêt *Dogru*, précité, §§ 17-32.

12. Voir, entre autres, *Leyla Şahin*, précité, § 109.

justifier une ingérence dans l'exercice par une requérante du droit individuel de manifester ses convictions religieuses. Si ce droit n'est évidemment pas absolu, l'article 9 § 2 dispose que les restrictions apportées à cette liberté ou à ce droit doivent être « nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Le présent arrêt cherche à faire relever le respect du principe de laïcité et de neutralité invoqué par l'État membre du dernier des buts légitimes exhaustivement énumérés à l'article 9 § 2, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui. Ici aussi, on pourrait soutenir que l'arrêt se borne à appliquer l'approche déjà développée par la Cour sous l'angle de l'article 9 dans la sphère de l'éducation. Toutefois, ainsi qu'il est souligné ci-dessus, le principe de neutralité et de laïcité dans ces affaires entendait protéger les droits et libertés des élèves et étudiants et était intimement lié aux valeurs que les établissements d'enseignement sont censés enseigner (voir, entre autres, *Dahlab*, ou *Leyla Şahin*, § 116, précités). La décision rendue dans l'affaire *Kurtulmuş* apparaît de nouveau être la seule exception à cette règle.

Dans l'affaire *Eweida et autres*, la Cour a estimé, en ce qui concerne la première requérante, qu'il avait été accordé trop d'importance au but légitime de l'employeur de protéger une certaine image commerciale dans des circonstances où « aucune atteinte réelle aux intérêts d'autrui n'a[vait] été établie » (*Eweida et autres*, précité, §§ 94-95). En ce qui concerne la deuxième requérante dans cette affaire, le but très concret et légitime de la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier l'a emporté sur le droit individuel de la requérante d'arborer une croix (*ibidem*, §§ 99-100). En l'espèce, eu égard à la nature et au contexte du travail de la requérante dans un service psychiatrique, le Gouvernement aurait pu invoquer un tel but légitime et concret, expressément prévu par l'article 9 § 2. Au lieu de quoi il a cherché à s'appuyer sur des principes abstraits à l'appui d'une interdiction générale applicable à tous les agents d'organismes publics.

Il n'est pas contesté dans ce contexte que le principe de laïcité et de neutralité est un principe essentiel dont l'importance a déjà été reconnue par la Cour, et à maintes reprises par la Grande Chambre. En France, la neutralité du service public est une valeur constitutionnelle consacrée. Cependant, cette reconnaissance ne dispense pas la Cour de l'obligation découlant de l'article 9 § 2 d'établir si l'interdiction du port de symboles religieux imposée à la requérante était nécessaire pour assurer le respect de ce principe et répondait, dès lors, à un besoin social impérieux. S'agissant de l'appréciation de la proportionnalité par la chambre (voir ci-dessous), il apparaît que le caractère abstrait du principe invoqué pour faire échec au droit découlant de l'article 9 tend également à rendre cette appréciation

abstraite. Le risque est donc que toute mesure prise au nom du principe de laïcité et de neutralité et qui n'excède pas la marge d'appréciation d'un État – elle-même très large car ce sont des choix de société qui se trouvent en cause¹³ – soit compatible avec la Convention¹⁴.

V. Sur le point de savoir si la mesure était nécessaire dans une société démocratique

Existe-t-il, en l'espèce, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les buts légitimes poursuivis par l'ingérence ?

Aux paragraphes 60 à 71 de l'arrêt, il semble que la majorité combine deux approches très différentes pour apprécier la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice par la requérante de son droit. D'une part, la majorité procède à une appréciation relativement concrète de la proportionnalité en se fondant sur les fonctions particulières exercées par la requérante (son travail en tant qu'assistante sociale), sur le contexte dans lequel ces fonctions sont exercées (l'intéressée était assistante sociale dans un service psychiatrique) et sur la vulnérabilité et les besoins des patients avec lesquels l'intéressée était en contact (paragraphes 60- 61, 64-65 et 69-70 de l'arrêt). D'autre part, la majorité procède à une appréciation bien plus abstraite de la proportionnalité, ancrée dans la nature très abstraite du principe de laïcité et de neutralité essentiellement invoqué par les autorités nationales et le Gouvernement (paragraphes 63-69 de l'arrêt).

Pour autant que le présent arrêt conclue à la non-violation du droit de la requérante, garanti par l'article 9, de manifester ses convictions religieuses, en s'appuyant sur l'appréciation « fonctionnelle » de la proportionnalité de la mesure litigieuse, j'y souscris sans difficulté. C'est aussi une approche qui s'applique dans le secteur privé en France¹⁵ et que les autorités françaises semblent avoir discutée à un certain moment en ce qui concerne le secteur public mais qu'elles ont par la suite écartée¹⁶.

13. *S.A.S. c. France*, précité, §§ 153-154.

14. P. Bosset, « *Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey* » in E. Brems (ed.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2013, pp.192-217, p.198.

15. *Eweida et autres*, précité, § 47.

16. Voir les observations du commissaire du Gouvernement reproduites au paragraphe 31 de l'arrêt. Il n'est pas inutile de rappeler, incidemment, que la France est membre de l'Union européenne et dès lors soumise à la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303, p. 16). Cette directive interdit toute discrimination directe et indirecte fondée sur la religion et les convictions. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore été saisie d'une demande préjudicielle ou d'un recours en manquement en ce qui concerne le port de symboles religieux sur le lieu de travail. Il reste à voir si elle suivra une approche « fonctionnelle » (comme les termes de l'article 4 § 1 pourraient le suggérer) ou si, sur la base des termes plus larges de l'article 2 § 5 de la directive, qui dans une large

En revanche, l'appréciation plus abstraite de la proportionnalité qui se trouve au cœur du présent arrêt semble être le résultat inévitable du recours au premier chef à des principes abstraits pour justifier l'ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 9. D'après la majorité, le fait que les juridictions nationales aient accordé plus de poids au principe de laïcité et de neutralité et à l'intérêt de l'État qu'à celui de la requérante ne soulève aucun problème au regard de la Convention. Les juridictions nationales se sont essentiellement fondées sur la conception française du service public et sur le caractère « ostentatoire » du foulard porté par la requérante pour conclure à l'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit de l'intéressée découlant de l'article 9 (paragraphe 67-69 de l'arrêt).

En concluant ainsi, la majorité admet que rien n'indique que la requérante, par son attitude, son comportement ou ses actes, a manqué au principe de laïcité et de neutralité en exerçant des actes de pression, de provocation ou de prosélytisme, en faisant de la propagande ou en portant atteinte aux droits d'autrui¹⁷. Il y a lieu de noter que le présent arrêt critique aussi l'absence de précision concernant les difficultés, invoquées par l'administration nationale, qui auraient été causées dans le service par le fait que la requérante portait le voile (paragraphe 69 de l'arrêt).

En outre, on n'aperçoit aucune véritable prise en compte des lourdes conséquences (procédures disciplinaires et, en fait, licenciement), fortement soulignées dans l'arrêt *Eweida et autres* (précité, § 106), que la requérante subirait si, en raison de la force de ses convictions religieuses, elle ne se sentait pas en mesure de retirer le symbole religieux litigieux. Dans l'arrêt *Eweida et autres*, la Cour a dit, au paragraphe 83, que dans les affaires soulevant un grief sur le terrain de l'article 9, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi excluait toute ingérence, il valait mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'était examiné le caractère proportionné de la restriction. Les traces de

mesure se rapproche de l'article 9 § 2 de la Convention, une approche comparable à celle du présent arrêt remplirait les conditions requises. Voir, toutefois, pour des exemples du raisonnement « fonctionnel » adopté par la CJUE en application de cette directive, les arrêts du 12 janvier 2010, *Wolf*, C-229/08, EU:C:2010:3, et du 13 septembre 2011, *Prigge et autres*, C-447/09, EU:C:2011:573. La directive s'appliquant à l'emploi tant dans le secteur public que dans le secteur privé français, la jurisprudence de la Cour à cet égard souligne la fragilité éventuelle de l'interdiction de porter des symboles religieux lorsqu'elle est évaluée par rapport au principe de non-discrimination dans le contexte du travail.

17. Comparer l'approche adoptée dans la présente affaire avec les paragraphes 94 et 95 de l'arrêt *Eweida et autres* ou avec la décision du Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *Bikramjit Singh c. France*, § 8.7, communication n° 1852/2008, d'après laquelle l'État partie n'avait pas donné de preuve convaincante qu'en portant son *keski*, l'auteur avait représenté une menace pour les droits et libertés des autres élèves ou pour l'ordre au sein de l'établissement scolaire.

l'arrêt *Eweida et autres* et toute considération d'aménagement raisonnable sont quelque peu perdues dans l'arrêt rendu en l'espèce¹⁸.

Il y a lieu de noter aussi que le simple port du foulard est considéré comme une manifestation *ostentatoire* des convictions religieuses de la requérante, appréciation qui se concilie mal avec la tolérance dont avait fait preuve la Cour, dans le contexte plus sensible de l'enseignement dans l'affaire *Lautsi et autres*, à l'égard de ce qu'elle avait considéré comme de simples symboles passifs¹⁹.

VI. Conclusion

Si la Cour ne doit pas perdre de vue son rôle subsidiaire, elle ne peut se dégager de son rôle de supervision en ajustant les termes de l'article 9 § 2, élargissant – par rapport à des principes et idéaux de plus en plus abstraits – la portée des restrictions exhaustivement prévues par cette disposition, et en se dégageant des exigences de proportionnalité.

Il aurait été possible, à mon sens, de parvenir à un constat de non-violation au moyen d'une appréciation plus conforme aux exigences de la Convention tout en assurant un degré de cohérence plus élevé entre les différents aspects de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 9. Une large marge d'appréciation doit s'appuyer sur un cadre juridique qui est à la fois prévisible et accessible. De même, cette marge d'appréciation ne doit pas exonérer les États membres, en premier lieu, et la Cour, dans un deuxième temps, de leur obligation de procéder à une appréciation concrète de la proportionnalité, en particulier lorsque se trouve en jeu une interdiction générale qui porte atteinte aux droits d'un individu, tout en ayant potentiellement des répercussions sur les possibilités d'emploi de toute une communauté.

Lorsque les États membres se fondent sur des notions, principes et idéaux flexibles pour justifier des ingérences dans l'exercice par un individu de sa liberté de manifester sa religion, la Grande Chambre a dit précédemment qu'elle devait procéder à un examen attentif de la restriction contestée (*S.A.S c. France*, précité, § 122). On peut se demander si la Cour s'est livrée à pareil examen en l'espèce, l'appréciation de la proportionnalité étant, tout à la fois, tant ciblée et fonctionnelle que vague et large.

18. Le rapport annuel 2013-2014 de l'Observatoire de la laïcité mentionne certes des règlements amiables et des conciliations (paragraphe 71 de l'arrêt), mais les faits de l'espèce laissent entrevoir une réalité légèrement différente. Voir également, en ce qui concerne un aménagement raisonnable, l'opinion dissidente jointe à l'arrêt *Francesco Sessa c. Italie*, n° 28790/08, CEDH 2012, et K. Alidadi, « *Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?* », *European Law Review*, 2012, pp. 693-715.

19. *Lautsi et autres*, précité, § 72.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE DE GAETANO

(Traduction)

Ayant eu l'avantage de lire l'opinion séparée de la juge O'Leary, je tiens à préciser que je partage entièrement les préoccupations qu'elle y exprime avec tant d'érudition en ce qui concerne le raisonnement suivi dans l'arrêt.

Toutefois, ces mêmes préoccupations m'amènent inéluctablement à la conclusion qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 9. L'idée maîtresse de l'arrêt est que le principe *abstrait* de laïcité de l'État *exige* de soumettre les agents publics à une interdiction générale de porter sur leur lieu de travail un symbole révélant leur conviction religieuse. Ce principe abstrait devient en lui-même et par lui-même un « besoin social impérieux » justifiant l'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental. La tentative de cloisonner l'affaire et d'en limiter la portée aux faits spécifiques applicables à la requérante est, comme le souligne la juge O'Leary, très faible et parfois contradictoire. Le jugement part de et repose sur la fausse (et, j'ajouterai, très dangereuse) hypothèse, qui est exprimée au paragraphe 64 de l'arrêt et selon laquelle les usagers des services publics ne peuvent se voir garantir un service impartial si l'agent public à leur disposition manifeste de quelque façon son appartenance religieuse – alors que très souvent le nom même de l'agent que le public peut voir sur son bureau ou ailleurs permet de déduire de façon relativement certaine l'appartenance religieuse de l'intéressé.

En outre, il semblerait également, en ce qui concerne les agents publics, que le droit français interdise la manifestation *subjective* de leur conviction religieuse et non le port *objectif* d'un vêtement particulier ou d'un autre symbole. Une femme peut porter un foulard non pour manifester une conviction religieuse, ou une toute autre conviction, mais pour de multiples raisons. Il en va de même pour un homme qui porte la barbe, ou une personne portant une croix en pendentif. Exiger d'un agent public qu'il « révèle » si ce vêtement constitue ou non une manifestation de sa conviction religieuse ne se concilie pas avec les prétendus avantages dont jouissent les agents publics, comme il est mentionné au paragraphe 66 de l'arrêt.

Les États disposent certes d'une ample marge d'appréciation relativement aux conditions de service des agents publics, mais cette marge n'est pas illimitée. Un principe du droit constitutionnel ou une « tradition » constitutionnelle peuvent aisément finir par être sacralisés, ce qui porterait atteinte à toutes les valeurs qui sous-tendent la Convention, et c'est exactement ce dont le présent arrêt se rapproche dangereusement.

EBRAHIMIAN v. FRANCE
(Application no. 64846/11)

FIFTH SECTION

JUDGMENT OF 26 NOVEMBER 2015¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Non-renewal of a hospital employee's contract on account of her refusal to remove her veil**

The fact that the domestic courts attached greater weight to the principle of secularism and neutrality and to the State's interests than to public employees' interest in not limiting the expression of their religious beliefs did not in principle give rise to an issue under the Convention, provided that the administrative courts verified that the authorities did not disproportionately interfere with public employees' freedom of conscience when State neutrality was relied upon (see paragraphs 67-68 of the judgment).

Article 9

Manifest one's religion or convictions – Non-renewal of a hospital employee's contract on account of her refusal to remove her veil – Protection of the rights and freedoms of others – Constraints in respect of "public safety" or "protection of public order" not necessary – Public hospital service – Principle of secularism and neutrality – Patients' state of fragility or dependence – Primacy of the rights of others, equal treatment for patients and the proper functioning of the service over the manifestation of religious beliefs – Desire for conciliation

*

* *

Facts

In 1999 the applicant was recruited on a fixed-term contract as a contracted employee of the hospital civil service to carry out the duties of a social worker in the psychiatric unit of a public health establishment. In 2000 she was informed that her contract would not be renewed. The reason given for that decision – which had been taken following complaints by certain patients being treated at the centre – was that she refused to stop wearing her veil. It had been preceded by an interview at which she had not been criticised for her religious beliefs, but merely reminded of the rights and duties of public employees, namely the ban on manifesting such beliefs. The non-renewal of the contract was based, in particular, on an opinion by the *Conseil d'État* which stated that the principle of State secularism and the neutrality of public services applied to the public services in their entirety. It emphasised that employees were entitled to freedom of conscience but that this freedom had to be consistent, in its manner of expression, with the principle of the neutrality of the

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

service, which precluded the wearing of a sign intended to indicate their adherence to a religion. In addition, in the event of failure to comply with this obligation of neutrality, the disciplinary consequences were to be assessed on a case-by-case basis, in the light of the particular circumstances. The applicant's appeals were dismissed. In addition, in 2001 the applicant was included by the hospital that had employed her on the list of candidates for a recruitment test for social workers. She did not take part.

Law

Article 9: The non-renewal of the applicant's contract amounted to an interference with her right to freedom to manifest her religion. That interference had been prescribed by law and pursued the legitimate aim of the protection of the rights and freedoms of others. In the present case the purpose had been to ensure respect for all of the religious beliefs and spiritual orientations held by the patients who were using the public service and were recipients of the requirement of neutrality imposed on the applicant, by guaranteeing them strict equality. The aim had also been to ensure that these users enjoyed equal treatment, without distinction on the basis of religion. In consequence, the restriction pursued the aim of protecting the rights and freedoms of others and did not necessarily need to be additionally justified by considerations of public safety or protection of public order.

As to the necessity of the impugned measure, it was to be noted that the authorities had indicated to the applicant the reasons for which this principle justified special application with regard to a social worker in the psychiatric unit of a hospital. The authorities had identified the problems to which her attitude had given rise within the unit in question and had attempted to persuade her to refrain from displaying her religious beliefs. In addition, the lower courts had held that the requirement of neutrality imposed on the applicant was all the more pressing in that she was in contact with patients who were in a state of fragility or dependence. It was clear from the case file that it was indeed the requirement of protection of the rights and freedoms of others, that is, respect for the freedom of religion of everyone, and not the applicant's religious beliefs, which had been behind the contested decision. From this perspective, the neutrality of the public hospital service could be regarded as linked to the attitude of its staff, and required that patients could not harbour any doubts as to the impartiality of those treating them.

Public employees in France enjoyed the right to respect for their freedom of conscience, which entailed, in particular, a ban on any faith-based discrimination in access to posts or in career development. However, they were prohibited from manifesting their religious beliefs while carrying out their duties. The fact that the domestic courts attached greater weight to the principle of secularism and neutrality and to the State's interests than to the applicant's interest in not limiting the expression of her religious beliefs did not give rise to an issue under the Convention. This was a strict obligation which had its roots in the traditional relationship between State secularism and freedom of conscience as this was set out

in Article 1 of the Constitution. Under the French model, which it was not the Court's role to assess as such, the State's neutrality was incumbent on the employees representing it. However, it was the duty of the administrative courts to verify that the authorities did not disproportionately interfere with public employees' freedom of conscience when State neutrality was relied upon.

The applicant, whose religious beliefs meant that it was important for her to manifest her religion by visibly wearing a veil, had rendered herself liable to the serious consequence of disciplinary proceedings. However, there could be no doubt that, after the publication of the opinion of the *Conseil d'État*, she had been aware that she was required to comply with the obligation of neutrality in her attire while at work. It had been on account of her refusal to comply with this obligation that the applicant was notified that disciplinary proceedings had been opened, notwithstanding her professional abilities. She had subsequently had access to the safeguards of the disciplinary proceedings and to the remedies available before the administrative courts. Moreover, she had chosen not to take part in the recruitment test for social workers, although she had been included in the list of candidates drawn up by the hospital in full cognisance of the situation. In those circumstances, the domestic authorities had not exceeded their margin of appreciation in finding that it was impossible to reconcile the applicant's religious beliefs and the obligation not to manifest them, and subsequently in deciding to give priority to the requirement of State neutrality and impartiality.

Furthermore, it appeared from a report by the Secularism Observatory that disputes arising from the religious beliefs of persons working within hospital services were assessed on a case-by-case basis, and that the authorities attempted to reconcile the interests at stake in a bid to find friendly settlements. This desire for conciliation was confirmed by the small number of disputes of this nature that were brought before the courts. Lastly, a hospital was a place where users, who for their part had equal freedom to express their religious beliefs, were also requested to assist in implementing the principle of secularism, by refraining from any form of proselytism and respecting the manner in which the service was organised and, in particular, the health and safety regulations; in other words, the regulations of the respondent State placed greater emphasis on the rights of others, equal treatment for patients and the proper functioning of the service than on the manifestation of religious beliefs.

Conclusion: no violation (six votes to one).

Case-law cited by the Court

Ahmet Arslan and Others v. Turkey, no. 41135/98, 23 February 2010

Bayatyan v. Armenia [GC], no. 23459/03, ECHR 2011

Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V

Dogru v. France, no. 27058/05, 4 December 2008

- Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10
and 3 others, ECHR 2013
- Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, ECHR 2014
- Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, Series A no. 260-A
- Kurtulmuş v. Turkey* (dec.), no. 65500/01, ECHR 2006-II
- Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI
- Obst v. Germany*, no. 425/03, 23 September 2010
- Vogt v. Germany*, 26 September 1995, Series A no. 323

In the case of Ebrahimian v. France,

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

Josep Casadevall, *President*,

Ganna Yudkivska,

Vincent A. de Gaetano,

André Potocki,

Helena Jäderblom,

Aleš Pejchal,

Síofra O’Leary, *judges*,

and Milan Blaško, *Deputy Section Registrar*,

Having deliberated in private on 20 October 2015,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 64846/11) against the French Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a French national, Ms Christiane Ebrahimian (“the applicant”), on 12 October 2011.

2. The applicant was represented by Mr W. Word, a lawyer practising in Paris. The French Government (“the Government”) were represented by their Agent, Mr François Alabrune, Director of Legal Affairs at the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that the failure to renew her employment contract as a social worker, on the ground that she refused to stop wearing her veil, amounted to a violation of Article 9 of the Convention.

4. On 10 June 2013 notice of the complaint concerning Article 9 was given to the Government and the remainder of the application was declared inadmissible.

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

5. The applicant was born in 1951 and lives in Paris.

6. The applicant was recruited on a three-month fixed-term contract, from 1 October to 31 December 1999, extended for one year from 1 January to 31 December 2000, as a contracted employee of the hospital civil service, to carry out the duties of a social worker in the psychiatric unit

of Nanterre Hospital and Social Care Centre (“the CASH”) a public health establishment administered by the City of Paris.

7. On 11 December 2000 the Director of Human Resources informed the applicant that her contract would not be renewed with effect from 31 December 2000. The reason given for the decision – which had been taken following complaints by certain patients being treated at the CASH – was that the applicant refused to stop wearing her head covering.

8. On 28 December 2000, in response to a letter from the applicant alleging the illegality of the refusal to renew her contract in that it was motivated by her convictions and her affiliation to the Muslim faith, the Director of Human Resources indicated that at the meeting of 30 November 2000 which had preceded the administration’s decision, she had not been criticised for her religious beliefs, but merely reminded of the rights and duties of public employees, namely the ban on manifesting such beliefs. He continued as follows.

“I emphasised that I had been required to have a meeting with you following complaints made to Ms M., manager of the welfare and education unit, both by patients who were refusing to meet you on account of this display [of your beliefs] and by social workers for whom it was becoming increasingly difficult to operate in this very delicate situation. It should be noted that Ms M. raised these difficulties with you and tried to persuade you not to manifest your religious beliefs, even before the complaints reached HR. Indeed, it was only shortly before the meeting with you on 30 November that the unit managers were officially informed of the problem created by the fact of your head covering.

With regard to your head covering at the time of recruitment: as you are aware, the recruitment interview lasts, at the most, one hour. Individuals attend wearing ordinary “street” clothes, and do not necessarily have to remove their coats or scarves. The fact that your head was covered during that interview was not interpreted as a possible sign of [religious] affiliation, but simply as a form of attire.

The termination of your contract has a legal basis, and does not result from a discriminatory situation.”

The Director of Human Resources further reminded the applicant in this letter of the Opinion issued by the *Conseil d’État* on 3 May 2000. That Opinion stated that the principle of freedom of conscience, the principle of State secularism and the principle that all public services must be neutral prevented employees in the public sector from enjoying the right to manifest their religious beliefs; lastly, it pointed out that the wearing of a symbol intended to indicate their religious affiliation constituted a breach by employees of their obligations (see paragraph 26 below).

9. By an application registered on 7 February 2001, the applicant asked the Paris Administrative Court to set aside the decision of 11 December 2000.

10. By letters of 15 and 28 February 2001, the applicant was informed of the decision of the Director of Human Resources at the CASH to include her on the list of candidates for a recruitment test for social workers and to permit her to take part. This decision was taken on the basis of the decree of 26 March 1993 granting special status to social workers employed by State hospitals. That text stated that the social worker's task was to assist patients and their families who were experiencing difficulties in their dealings with social services, by helping to draw up and implement the relevant programme in the establishment to which they were attached and also other social and educational programmes, in coordination, *inter alia*, with other institutions or social services. The applicant did not take part in the recruitment test.

11. By a judgment of 17 October 2002, the Administrative Court held that the decision not to renew the contract had been compatible with the principles of secularism and the neutrality of public services.

“ ...

In view of Law no. 83-634 of 13 July 1983 [laying down the rights and duties of civil servants, see paragraph 25 below]

...

Although civil-service employees, like all citizens, enjoy the freedom of conscience and of religion laid down in the constitutional, legislative and convention texts, which prohibit any discrimination based on their religious beliefs or their atheism, particularly in terms of access to positions, career progress and the disciplinary system, the principles of the secular nature of the State and the bodies to which its powers are delegated and of neutrality in public services preclude those employees, in the exercise of their duties, from being entitled to manifest their religious belief, especially through external sartorial expression; this principle, which is intended to protect the users of the service from any risk of influence or of interference with their own freedom of conscience, concerns all public services and not only the education service; this obligation must be applied with particular stringency in those public services where the users are in a fragile or dependent state;”

It dismissed the applicant's action, pointing out that the decision not to renew her contract had been taken on account of her refusal to remove her veil “following complaints submitted by certain patients in the care centre and in spite of repeated warnings by her line managers and friendly advice from her colleagues”. The court considered that on the basis of the above-mentioned principles concerning the expression of religious opinions within the public services, the administrative authorities had not committed an error of assessment in refusing to renew the contract on the implied ground of her wearing of “attire manifesting, in an ostensible manner, allegiance to a religion”. It concluded “thus, even though [the applicant's]

employer tolerated the wearing of this veil for several months and [her] conduct cannot be considered as deliberately provocative or proselytising, the hospital has not acted illegally in deciding not to renew the contract following her refusal to stop wearing the veil”.

12. By a judgment of 2 February 2004, the Paris Administrative Court of Appeal held that the contested decision was disciplinary in nature, in that “it transpires from both the letter of 28 December from the CASH’s Director of Human Resources and the hospital’s defence pleadings that [the decision] was taken on account of [the applicant’s] persistence in wearing a veil for religious reasons during her working hours”. It therefore quashed the decision on procedural grounds, given that the applicant had not been informed of the reasons for the envisaged measure prior to its adoption, nor given an opportunity to consult her case file.

13. In execution of the Court of Appeal’s judgment, the Director of the CASH invited the applicant to inspect the case file. By a reasoned judgment of 13 May 2005, he confirmed that her contract would not be renewed in the following terms.

“As a result of the judgment of the Paris Administrative Court of Appeal dated 2 February 2004, which held that the non-renewal of your fixed-term contract which expired on 31 December 2000 had been disciplinary in nature, we invited you again to inspect your administrative file on 10 May 2005, in order to bring the procedure into line with the regulations.

As required in execution of the same judicial decision, we hereby inform you that the disciplinary basis for the non-renewal of your contract is your refusal to remove your veil, in that it ostensibly manifests your religious affiliation.

In application of the principles of the secular nature of the State and the neutrality of public services, which underlie the duty of discretion imposed on every State employee, even those employed under contract, your refusal to remove your head covering when carrying out your duties effectively amounts to a breach of your obligations, thus exposing you to a legitimate disciplinary sanction, as the *Conseil d’État* held, with regard to the principle, in its Opinion concerning Ms Marteaux, dated 3 May 2000.

Our decision not to renew the contract is all the more justified in the present case in that you were required to be in contact with patients when carrying out your duties.”

14. By a letter of 29 June 2005, the Administrative Court of Appeal informed the applicant that the CASH had taken the measures required by the judgment of 2 February 2004. It advised her that, where a decision was set aside on procedural grounds, the administrative body could legally take new decisions that were identical to those that had been set aside, provided that they complied with the relevant procedure, and that the new decision of 13 May 2005 could be challenged before the administrative court.

15. In January 2006 the applicant asked the Versailles Administrative Court to set aside the decision of 13 May 2005. She argued, in particular,

that the *Conseil d'État's* Opinion of 3 May 2000, relied upon by her employer, was intended to apply only to teachers.

16. By a judgment of 26 October 2007, the court dismissed her request, basing its decision on the principles of State secularism and the neutrality of public services.

“... However, while the *Conseil d'État's* Opinion of 3 May 2000 specifically concerns the case of an employee in the public education service, it also clearly states that the constitutional and legislative texts show that the principles of freedom of conscience, State secularism and the neutrality of public services apply to the public services in their entirety; although civil-service employees, like all citizens, enjoy the freedom of conscience and of religion laid down in the constitutional, legislative and convention texts, which prohibit any discrimination based on their religious beliefs or their atheism, particularly with regard to access to positions, career progress and also the disciplinary system, the principles of the secular nature of the State and the bodies to which its powers are delegated and of neutrality in public services preclude those employees, in the exercise of their duties, from being entitled to manifest their religious belief, especially through external sartorial expression; this principle is intended to protect the users of the service from any risk of influence being exerted or of interference with their own freedom of conscience.

In view of the above-mentioned principles concerning the manifestation of religious opinions within the public service, the administrative body did not act illegally in refusing to renew the [applicant's] contract on the implied ground of her wearing attire manifesting, in an ostensible manner, allegiance to a religion.”

17. The applicant lodged an appeal against that judgment.

18. By a judgment of 26 November 2009, the Versailles Administrative Court of Appeal upheld the judgment, reiterating the reasons given by the lower courts.

19. The applicant appealed on points of law to the *Conseil d'État*. In her submissions, she emphasised that the Administrative Court of Appeal had deprived its judgment of any legal basis in that it had failed to specify the nature of the item of attire worn by her which had justified the sanction. She referred to the disproportionate nature of that sanction, and alleged that it had been incompatible with Article 9 of the Convention.

20. By a judgment of 9 May 2011, the *Conseil d'État* declared the appeal inadmissible.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Principles of secularism and neutrality in public services

21. In the case of *Dogru v. France* (no. 27058/05, 4 December 2008), which concerned the wearing of religious signs at school, the Court had occasion to elucidate the concept of secularism in France. It reiterated in

that connection that the exercise of religious freedom in public society is directly linked to the principle of secularism. Arising out of a long French tradition, this principle has its origins in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, Article 10 of which provides that “[n]o one shall be disquieted on account of his opinions, including his religious views, provided their manifestation does not disturb the public order established by law.” It also appears in the key Education Acts of 1882 and 1886, which introduced State primary education on a compulsory and secular basis. The real keystone of French secularism, however, is the Act of 9 December 1905, known as the Law on the separation between Church and State, which marked the end of a long conflict between the republicans, born of the French Revolution, and the Catholic Church. Section 1 provides: “The Republic shall ensure freedom of conscience. It shall guarantee free participation in religious worship, subject only to the restrictions laid down hereinafter in the interest of public order.” The principle of separation is affirmed in section 2 of the Act: “The Republic may not recognise, pay stipends to or subsidise any religious denomination ...” This “secular pact” entails a number of consequences both for public services and for users. It implies an acknowledgement of religious pluralism and State neutrality towards religions.

The principle of secularism, the requirement of State neutrality and its corollary, equality, are enshrined in Article 1 of the Constitution of 4 October 1958, which reads as follows:

“France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs. It shall be organised on a decentralised basis.”

22. From the 1980s, the practice of wearing religious signs at school and in hospitals developed in France, giving rise to reactions based on the principle of secularism (see paragraph 29 below). On 3 July 2003 the President of the Republic set up “a commission to study the application of the principle of secularism in the Republic”, which was instructed “to reflect in an in-depth and serene manner ... on the practical requirements which should result for everyone from compliance with the principle of secularism”. The commission’s report, submitted to the President of the Republic on 11 December 2003, described the threat to secularism in schools and public services. The law of 15 March 2004, regulating the wearing of signs or dress by which pupils overtly manifest a religious affiliation, was adopted as a consequence of this report (see *Dogru*, cited above, §§ 30-31).

23. It was also following this report that, on a referral by the Prime Minister, the Supreme Council for Integration (*Haut conseil à l’intégration*) submitted in January 2007 an opinion containing a “draft charter for

secularism in public services”. This draft was included in the Prime Minister’s circular no. 5209/SG of 13 April 2007 on the Charter for secularism in public services, which reiterates the rights and duties of public-sector employees and also of persons using public services.

“Public-sector employees

All public officials have a duty of strict neutrality. They must treat all persons equally and respect their freedom of conscience.

The fact of a public official manifesting his or her religious convictions in the exercise of his or her duties shall amount to a breach of his or her obligations.

It shall be for the managers of public services to ensure that the principle of secularism is applied in these services.

Freedom of conscience shall be guaranteed to public officials. They shall be granted authorisations for absence to participate in religious festivals where this is compatible with the requirements of the normal running of the service.

Users of public services

All users shall be equal before the public service.

The users of public services shall be entitled to express their religious convictions in so far as this is compatible with respect for the neutrality of the public service, its smooth running and the requirements of public order, security, health and hygiene.

The users of public services shall refrain from any form of proselytism.

The users of public services may not request the removal of a public official or of other users, or demand that the functioning of the public service or of a public facility be modified. However, the service shall attempt to take into consideration users’ convictions, in compliance with the rules to which it is subject and its smooth functioning.

Where necessary to verify identity, users must comply with the attendant obligations.

Users who are accommodated on a full-time basis by a public service, particularly within medico-social establishments, hospitals or prisons, shall be entitled to respect for their beliefs and may participate in practising their religion, subject to the restrictions necessary to ensure the smooth running of the service.”

24. The Constitutional Council recently indicated that the principle of secularism is one of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution and that it must be defined as follows.

“... pursuant to the first three sentences of the first paragraph of Article 1 of the Constitution, ‘France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall ensure the equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion. It shall respect all beliefs.’ The principle of secularism is one of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution; it follows that the State is neutral; it also follows that the Republic does not recognise any religious denomination; the principle

of secularism requires, in particular, respect for all beliefs and the equality of all citizens before the law irrespective of religion, and requires that the Republic guarantee free participation in religious worship; it implies that the Republic does not pay stipends to any religious denomination;” (Decision no. 2012-297 QPC, 21 February 2013, Association for the Promotion and Expansion of Secular Thought [remuneration of pastors in the consistorial churches in the *départements* of Bas-Rhin, Haut-Rhin and Moselle]).

25. The civil service includes all public officials, that is, all of the members of staff employed by a public entity, assigned in principle to an administrative public service and subject to a public-law regime. The civil service and the general rules applicable to it are organised into three branches: the State civil service, the local and regional civil service, and the hospital-based civil service. Public employees’ freedom of opinion, including religious opinion, is guaranteed by section 6 of the Law of 13 July 1983 laying down the rights and duties of civil servants. Allegiance to a religion may not be recorded in a public employee’s file, and it cannot be used as a discriminatory criterion against a candidate or a contractual employee seeking to obtain a permanent post; certain adjustments to working time are authorised in the name of religious freedom, provided that they are compatible with the smooth running of the service.

At the same time, these employees’ freedom of conscience must be reconciled with the requirement of religious neutrality which is a distinctive feature of the public service. Public employees have a professional duty of neutrality. In carrying out his or her duties, a public employee must ensure equal treatment of citizens, whatever their convictions or beliefs. The principle of State neutrality implies that “the authorities and the public services must [not only] provide all the guarantees of neutrality; they must also give every appearance of that neutrality, so that the user can be in no doubt of it. It follows that every employee of a public service is subject to a particularly strict obligation of neutrality” (National Advisory Commission on Human Rights, Opinion on Secularism, Official Gazette no. 0235 of 9 October 2013). The duty of neutrality incumbent on public employees has been set out in detail in the case-law (see paragraph 26 below). However, a bill on the professional ethics and rights and obligations of civil servants, currently under discussion, was adopted by the National Assembly at its first reading on 7 October 2015. This text seeks to introduce into the Law of 13 July 1983 an obligation on civil servants to exercise their functions in compliance with the principle of secularism, by refraining from manifesting their religious opinion while carrying out their duties.

The Constitutional Council has also held on several occasions that neutrality is a “fundamental principle of the public service” and that the principle of equality is its corollary (Constitutional Court decisions nos. 86-217 DC of 18 September 1986, and 96-380 DC of 23 July 1996).

26. According to the *Conseil d'État's* case-law, the principle of the neutrality of public services justifies placing limitations on the manifesting of religious beliefs by employees in exercising their functions. The *Conseil d'État* took a stand on this issue in the area of education many years ago: the fact of an employee in the State education service manifesting his or her religious beliefs while carrying out his or her duties is a breach of the “duty of strict neutrality that is required of every employee working in a public service” (*Conseil d'État* (CE), 8 December 1948, *Ms Pasteau*, no. 91.406; CE, 3 May 1950, *Ms Jamet*, no. 98.284). In its Opinion of 3 May 2000 (CE, Opinion, *Ms Marteaux*, no. 217017), concerning the decision by a Director of Education to dismiss a secondary-school study supervisor who wore a headscarf, it affirmed that the principles of secularism and neutrality applied to all public services and gave a detailed explanation of the prohibition on employees’ manifesting their religious beliefs while carrying out their duties.

“1. It follows from the constitutional and legislative texts that the principle of freedom of conscience and that of the secular nature of the State and the neutrality of public services apply to all those services;

2. Although employees of the State education service, like all public-sector employees, enjoy the freedom of conscience which prohibits any discrimination in access to posts and in career development based on their religion, the principle of secularism means that, in the context of the public service, they do not have the right to manifest their religious beliefs;

It is not appropriate to distinguish between employees in this public service on the basis of whether or not they carry out teaching duties;

3. It follows from the above considerations that the fact of employees of the State education service manifesting their religious beliefs while carrying out their duties, in particular by wearing a sign intended to indicate their allegiance to a religion, amounts to a breach of their obligations;

The consequences of this breach, especially with regard to disciplinary measures, must be assessed by the authorities with due regard to the nature and degree of ostentatiousness of the sign in question, and of the other circumstances in which the breach is found, and are subject to judicial review;”

This case-law has been extended to all public services. In a thematic file entitled “The administrative courts and the expression of religious convictions” published on its Internet site in November 2014, the *Conseil d'État* indicates with regard to the ban prohibiting employees from manifesting their religious convictions while on duty, in addition to what is stated in its Opinion of 3 May 2000, as follows.

“... the administrative courts are generally required to examine these questions in the context of disciplinary proceedings. The lawfulness of the sanction will then depend on how the religious convictions were expressed, the hierarchical level of the

employee and the duties carried out by him or her, and also the warnings which he or she may have received. The sanction must also be proportionate. The *Conseil d'État* has thus upheld the sanction imposed on a public-sector employee who displayed his professional email address on the site of a religious association (CE, 15 October 2003, *M.O.*, no. 244428), and against another who had distributed religious documents to users during his working hours (CE, 19 February 2009, *M.B.*, no. 311633)."

27. The requirement of neutrality is applicable to public services even if they are managed by private-law entities (CE, Sect., 31 January 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*). This aspect was also reiterated recently by the Court of Cassation in a case concerning the Seine-Saint-Denis Health Insurance Office (*Caisse primaire d'assurance maladie*), in respect of an employee working as a "health benefits administrator" who had been dismissed on the ground that she was wearing an Islamic headscarf in the form of a turban, in breach of the provisions of the internal rules. The Social Division of the Court of Cassation held that "the principles of neutrality and of the secular nature of the public service are applicable to the public services as a whole, including where they are provided by private-law entities" and that "the employees of health insurance offices ... are ... subject to specific constraints arising from the fact that they are engaged in a public-service mission, constraints which forbid them, *inter alia*, from manifesting their religious beliefs by external signs, especially through their attire;" (Cass. soc., 19 March 2013, no. 12-11.690):

"... having noted that the employee carries out her duties in a public service, and given the nature of the activity carried out by the Insurance Office, which consists, in particular, of providing sickness benefits to persons insured under the social security scheme in the Seine-Saint-Denis *département*, and that she works, specifically, as a 'sickness benefits administrator' in a centre which receives an average of 650 users per day, it being irrelevant whether or not the employee was in direct contact with the public, the Court of Appeal was able to conclude that the restriction imposed by the Insurance Office's internal rules was necessary in order to implement the principle of secularism, in order to guarantee the neutrality of the public service to the centre's users;"

28. Recently, in the course of judicial proceedings that were widely reported in the media, the Social Division of the Court of Cassation, in a judgment of 19 March 2013, initially declared illegal the dismissal of an employee in a private nursery whose internal rules called for "compliance with the principles of secularism and neutrality" on account of her refusal to remove her Islamic headscarf. Faced with the resistance of the Paris Court of Appeal, to which the case had been remitted, the plenary Court of Cassation ultimately upheld those proceedings in a judgment of 25 June 2014. On the occasion of the judgment of 19 March 2013 and of the judgment of the same date described in paragraph 27 above, the "Defender of Rights" (the French

Ombudsman) asked the *Conseil d'État* to prepare a report (Report adopted by the General Assembly of the *Conseil d'État* on 19 December 2013). The Ombudsman wished to have the *Conseil d'État*'s opinion on various matters relating to the application of the principle of religious neutrality in the public services, in order to respond to complaints raising the question of the line between a public-service mission, participation in a public service, a mission in the general interest for which certain private structures had responsibility, and the application of the principle of neutrality and secularism. In its report, the *Conseil d'État* reiterated, *inter alia*, as follows.

“1. Freedom of religious convictions is general. However, restrictions may be placed on their expression in certain circumstances. The principle of the secular nature of the State, which concerns the relations between the public authorities and private persons, and the principle of the neutrality of public services, a corollary of the principle of equality which governs the operation of the public services, give rise to a particular requirement of religious neutrality in these services. This requirement applies in principle to all the public services, but does not apply, as such, outside these services ...

2. Labour law respects employees' freedom of conscience and prohibits discrimination in any form. It may, however, authorise restrictions on the freedom to manifest religious opinions or beliefs provided that these restrictions are justified by the nature of the task to be carried out and are proportionate to the aim pursued ...

4. The requirement of religious neutrality prohibits employees of public bodies and employees of private-law entities to which the State has entrusted the management of a public service from manifesting their religious convictions while carrying out their duties. This prohibition must, however, be reconciled with the principle, arising from Article 9 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, that any infringements of freedom of religious expression must be proportionate. ...”

B. Principles of neutrality in the public hospital service

29. The 2013-14 annual report by the Secularism Observatory, in the section entitled “Overview of secularism in health establishments” stated that, following the report by the Commission on the application of the principle of secularism in the Republic (see paragraph 22 above), legislation on secularism in hospitals had been envisaged. That Commission's report indicated as follows.

“... Nor are hospitals exempt from such matters. They have already been confronted with certain religious prohibitions, such as the Jehovah's Witnesses' refusal to accept transfusions. More recently, an increasing number of husbands or fathers have refused on religious grounds to have their wives or daughters cared for or delivered in childbirth by male doctors. In consequence, some women have been deprived of epidurals. Nurses have been refused on the grounds of their supposed religious affiliation. More generally, certain religious concerns on the part of patients may disrupt the functioning

of a hospital: corridors are transformed into private prayer areas; parallel canteens have been organised alongside the hospital canteens to serve traditional food, in breach of the health regulations.

...

Certain religious claims are now being made by public employees. Public-service employees have demanded the right to wear a kippa or a veil indicating their denominational allegiance in the workplace. Trainee doctors have recently expressed the same wish.

Such conduct, which is contrary to the principle of neutrality underlying the public service, is a matter of serious concern. ...”

The Secularism Observatory explained that the Ministry of Health had “in fact regulated the issue by means of a circular” (see paragraph 30 below) and that, at this stage, the existing legal arsenal was sufficient. It specified that the information obtained from health-care establishments indicated that the situation had become more peaceful and was under control. With regard to hospital staff, the most frequent problems were veil-wearing, prayers at certain times of the day and requests for adjustments to working schedules in order not to have to work on religious holidays. It noted that the information available “show[ed] that, with appropriate dialogue, these situations are resolved by a settlement that complies with the principle of public employees’ neutrality”.

30. The circular of 6 May 1995 on the rights of hospitalised patients, which includes a Charter of Hospitalised Patients, stated that the rights of patients “are to be exercised in compliance with the freedom of others” (circular DGS/DH/95, no. 22). In addition to the guidance with regard to the users of the public hospital service described above (see paragraph 23 above), circular no. DHOS/G/2005/57 of 2 February 2005 on secularism in health institutions provides as follows.

“...

I. Religious freedom, principles of neutrality and non-discrimination

As reiterated in the Stasi Report submitted to the President of the Republic on 11 December 2003 (p. 22), the secularism which is enshrined in Article 1 of the 1958 Constitution requires the Republic to ensure ‘equality of all citizens before the law, without distinction of origin, race or religion’. For hospitals, this implies that:

- all patients are dealt with in the same way, whatever their religious beliefs;
- patients must not have grounds to doubt the neutrality of hospital staff.

A. Equal treatment for patients

...

... The above-cited Charter of Hospitalised Patients, while reiterating patients' freedom of action and of expression in the religious field, points out: 'These rights are to be exercised with due respect for the freedom of others. Any proselytism is prohibited, whether by persons being treated in the establishment, volunteers, visitors or members of staff.'

In this respect, particular care must be taken to ensure that the expression of religious beliefs does not impair:

- the quality of care and hygiene regulations (the sick person must accept the clothing imposed in view of the treatment to be administered);
- the tranquillity of other hospitalised persons and of their relatives;
- the proper functioning of the service.

...

B. Neutrality of the public hospital service and of civil servants and public employees

The duty of neutrality was laid down in the case-law more than half a century ago (*Conseil d'État*, 8 December 1948, *Ms Pasteau*, and 3 May 1950, *Ms Jamet*). In a dispute concerning a school, the *Conseil d'État* issued an Opinion dated 3 May 2000 ... [See paragraph 26 above.]

...

In a judgment dated 17 October 2002 (*Ms E.*) [see paragraph 11 above], ..., the [Administrative] Court reiterated that the principle of neutrality applied to all public employees, and not only those working in the area of education:

...

In a judgment dated 27 November 2003 (*Ms Nadjat Ben Abdallah*), the Lyons Administrative Court of Appeal held that: 'The wearing by Ms Ben Abdallah ... of a scarf which she explicitly asserted as being religious in nature, and the repeated refusal to comply with the order to remove it, although she had been alerted to the unambiguous status of the applicable law ... amounted to a serious fault such as to provide legal grounds for the suspension measure imposed on her. ...'

These principles apply to all civil servants and public employees, with the exception of the ministers of the various religions mentioned in Article R. 1112-46 of the Code of Public Health. It is reiterated that public employees are employees who participate in the execution of a public service: contractual employees, interns ... You will ensure that in application of Article L. 6143-7 of the Code of Public Health the directors of public health establishments observe those principles strictly, by systematically imposing a sanction in the event of any failure to comply with these obligations or by informing the regional directors of Health and Social Affairs of any fault committed by an employee for whom the appointing body is the Prefect or the Minister.

II. Free choice of practitioner and discrimination against a public-service employee

...

Lastly, this freedom of choice on the part of the patient does not enable the person being treated to object to a member of the care team performing a diagnosis or providing care on the basis of that individual's known or supposed religion.

..."

C. Relevant case-law

31. The relevant decisions regarding the wearing of the veil by public-service employees are cited in the above-mentioned circular (see paragraph 30 above). The Administrative Court judgment delivered on 17 October 2002 in the present case is very frequently cited, given that it confirms that the principle of neutrality is valid for all public services, and not only those operating in the area of public education. The judgment delivered on 27 November 2003 by the Lyons Administrative Court of Appeal in the case of Ms Ben Abdallah (see paragraph 30 above), which concerned a female employment inspector who refused to remove her veil, is also a leading judgment. However, no appeal was made to the *Conseil d'État* in that case. The judgment indicates that the decision on whether to suspend an employee pending a sanction was to be made in view of "all of the circumstances of the case and, among other factors, the nature and degree of the conspicuousness of the sign, the nature of the tasks entrusted to the employee, and whether he or she exercised powers conferred by public law, or representative functions". In that judgment, the Government Commissioner emphasised that

"... an individualised assessment of the duty of neutrality in the civil service, such as that recommended by the Strasbourg Court (*Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V), would be fully compatible with the approach adopted by the case-law of the ordinary courts for private-sector employees. With regard to the specific case of wearing the Islamic veil, the ordinary courts already take account of the nature of the duties performed and of the company image that is transmitted by the fact of an employee wearing this symbol. Under this approach, assessment criteria would then be identified which, without reneging on the principle of neutrality, would lead to an arguably more pragmatic application of them, taking account of the nature of the duties performed (education, management functions) and the circumstances in which they are carried out (contact with the public, whether or not a uniform or regulation clothing is worn, the degree of vulnerability or sensitivity of users such as pupils or patients)."

However, he suggested that the authorities refrained from going down that path, indicating that, ultimately, it did not appear possible to compromise on civil servants' duty of neutrality.

“First of all, it is a question of principle. Irrespective of their wishes, and also because they have to a certain extent chosen [this employment], civil servants belong primarily to the public sphere, the rationale for which is service in the general interest and the equal treatment of all users. As the Government Commissioner Rémy Schwartz has pointed out, the neutrality of the service is ‘designed above all for the users; it is with the aim of respecting their convictions that the State is neutral, in order to allow for their full expression’; it is this social role which justifies the fact that the individual who continues to exist within the public employee effaces himself or herself behind the depository of public authority, behind the persona of a civil servant who is entrusted with a public-service mission. While the concept of public service may indeed narrow in the future, it does not ultimately seem possible to compromise on the immutable principles which constitute its exceptionality, particularly the fact of its employees being subject, on account of their status, to a code of conduct and an ethical line.

Equally, we will not dwell further on the fears already expressed concerning the gradual erosion, under the impetus of identity politics, of the essential coherence of the social fabric, characterised by adhesion to the universal values guaranteed by the State.

Moreover, Rémy Schwartz’s conclusions also emphasise the impracticality of an individualised solution that would depend on the nature of the tasks and the degree of maturity of the public in question, given the variety and even the variability over time of the conceivable situations; in addition, it is not clear why an employee’s freedom of conscience, by dint of excessive demands in respect of religious convictions, would justify an infringement of the freedom of conscience which is also enjoyed by his or her colleagues: the interests of the service may thus also justify that, even in the absence of direct contact with the users, an employee’s freedom to express his or her convictions may be restricted. ...

This reaffirmation of the principle of the absolute neutrality of the public service leads to the necessity of issuing a warning in respect of any deviation from the rules that in itself amounts to a disciplinary fault: on the basis of that finding, there would be nothing to prevent the disciplinary body, in the same wording as the *Ms Mariteaux* Opinion, from assessing particular cases on an individual basis and from taking account of specific circumstances so that, having put an end to the culpable conduct, it can evaluate the consequences, necessarily including in its assessment the degree of compliance or, on the contrary, intransigence, on the part of the civil servant once he or she has been invited to adhere to the neutrality of the service. ...”

III. COMPARATIVE LAW

32. In *Eweida and Others v. the United Kingdom* (nos. 48420/10 and 3 others, § 47, ECHR 2013), the Court indicated that an analysis of the law and practice relating to the wearing of religious symbols at work across twenty-six Council of Europe Contracting States demonstrated that

“... the majority of States the wearing of religious clothing and/or religious symbols in the workplace is unregulated. In three States, namely Ukraine, Turkey and some

cantons of Switzerland, the wearing of religious clothing and/or religious symbols for civil servants and other public-sector employees is prohibited, but in principle it is allowed to employees of private companies. In five States – Belgium, Denmark, France, Germany and the Netherlands – the domestic courts have expressly admitted, at least in principle, an employer’s right to impose certain limitations upon the wearing of religious symbols by employees; however, there are neither laws nor regulations in any of these countries expressly allowing an employer to do so. In France and Germany, there is a strict ban on the wearing of religious symbols by civil servants and State employees, while in the three other countries the attitude is more flexible. A blanket ban on wearing religious clothing and/or symbols at work by private employees is not allowed anywhere. On the contrary, in France it is expressly prohibited by law. Under French legislation, in order to be declared lawful any such restriction must pursue a legitimate aim, relating to sanitary norms, the protection of health and morals, the credibility of the company’s image in the eyes of the customer, and must also pass a proportionality test.”

33. Recently, in a judgment of 27 January 2015, the German Constitutional Court held that a general prohibition on the wearing of the veil by female teachers in State schools was incompatible with the Constitution, unless it constitutes a sufficiently tangible risk to the State’s neutrality or a peaceful environment in schools (1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION

34. The applicant alleged that the refusal to renew her contract as a social worker had been contrary to her freedom to manifest her religion as laid down in Article 9 of the Convention, which provides:

“1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

A. Admissibility

35. The Court notes that the application 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. *The parties' submissions*

(a) **The applicant**

36. The applicant submitted that on 11 December 2000 no legal provision explicitly prohibited public employees, whether civil servants or contract workers, from wearing a religious symbol in the exercise of their functions. The *Conseil d'État's* Opinion of 3 May 2000 (see paragraph 26 above), relied upon by the Government, concerned only the public education services, and the circular of 2 February 2005 on secularism in health institutions (see paragraph 30 above) had not yet been published. She considered, on the contrary, that on the date in question no particular restrictions had been placed on the freedom to manifest one's religion, including for public employees. In her view, the applicable law had been set out in the *Conseil d'État's* Opinion of 27 November 1989 on the compatibility with the principle of secularism of wearing signs at school indicating affiliation to a religious community; in that Opinion, the *Conseil d'État* accepted that the principle of neutrality was in no way called into question by the simple fact of wearing a religious symbol, provided that its wearer could not be accused of any proselytising conduct (the Opinion is quoted in full in *Dogru v. France*, no. 27058/05, § 26, 4 December 2008). She concluded from this that the interference had not been prescribed by "law" for the purposes of the Convention.

37. Furthermore, the applicant considered that the impugned interference did not pursue a legitimate aim, given that no incident or problem had arisen in the course of her employment within the CASH. She concluded from the Court's case-law that the State could limit the freedom to manifest a religion, for example by wearing an Islamic headscarf, if the exercise of that freedom clashed with the aim of protecting the rights and freedoms of others, public order and public safety (she referred to *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 111, ECHR 2005-XI, and *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98 and 3 others, § 92, ECHR 2003-II).

38. For the remainder, the applicant indicated that she wore a simple head covering, which was anodyne in appearance and was intended to hide her hair, and that this did not, in itself, infringe the neutrality of the public service. She submitted that the fact of wearing this head covering had posed no threat to security and public order, nor any disruption within her department, since the wearing of such a head covering did not in itself

amount to an act of proselytism, which presupposed conduct followed for the purpose of encouraging adherence to a belief system. According to the applicant, only the wearing of a full covering such as the burqa or the niqab ought to be perceived as a symbol of social separatism and of a refusal to integrate and be subject to a specific restriction.

39. The applicant specified that she had been able to wear her head covering until a change of personnel within the hospital's management team, and that no comment had ever been made to her prior to that change, either by the hospital staff or by the patients themselves. She submitted several statements dating from December 2000, drawn up by doctors in the psychiatric unit concerned, praising her professional abilities. She considered that the Government had provided no evidence of the alleged disruption to the department's work and submitted that the refusal to renew her contract had been based solely on her adherence to the Muslim religion and that it had been disproportionate in a democratic society.

40. The applicant emphasised that France was isolated in this regard. She argued that in the majority of European countries the wearing of a religious sign such as the headscarf, by pupils or State employees, was not subject to particular restrictions. With regard to the former, she submitted that the French law of 15 March 2004 (see *Dogru*, cited above, § 30), which was inapplicable in the present case and regulated the wearing of symbols or dress displaying religious affiliation in both primary and secondary State schools, had given rise to general incomprehension. State employees were authorised to wear a headscarf in many countries: Denmark, Sweden, Spain, Italy, Greece and the United Kingdom. The applicant expanded on the situation in the United Kingdom, in which the wearing of the Islamic headscarf in schools and in the public services was permitted, as was the wearing of religious head coverings by police officers, soldiers, motorcyclists and construction workers. Lastly, the applicant considered it useful to point out that Christian religious symbols were tolerated in public areas (crucifixes in classrooms, courts and administrative buildings) in Italy, Ireland and Austria, as were non-Christian symbols.

(b) The Government

41. The Government considered that the impugned interference was "in accordance with the law", since at the relevant time the domestic law clearly set out the principle of strict neutrality required from all public officials, and the penalties to which they were liable in the event of failure to comply with this principle. The "law" in question, within the meaning of the Court's case-law, included, firstly, the 1905 Act, which had enshrined the State's neutrality *vis-à-vis* religions, and Article 1 of the Constitution,

which affirmed the principle that all citizens are equal before the law (see paragraph 21 above). It also included the Law of 13 July 1983 laying down the rights and duties of civil servants, section 29 of which provided that any misconduct committed by a civil servant in the course of or in connection with the performance of his or her duties could lead to a disciplinary sanction. In addition, both the case-law of the administrative courts over more than fifty years (see paragraph 26 above) and that of the Constitutional Council (see paragraph 25 above) reiterated the obligation of neutrality incumbent on all public servants in carrying out their functions. The *Conseil d'État*, in its Opinion of 3 May 2000, also emphasised the pre-existing general nature of the principle of neutrality, before applying it in the case before it.

42. The Government added that the applicant had voluntarily signed up to the hospital civil service and its obligations, which included the obligation on every employee to maintain neutrality in one's duties, when she accepted the various contracts binding her to the CASH. She could not have been unaware of these rules, in view of the reminders about her obligations given by the Director of Human Resources on 30 November 2000 and, previously, by a manager from the hospital's social and education unit in an interview held after complaints had been received from patients who had refused to meet her on account of her choice of clothing.

43. According to the Government, the prohibition on public employees' manifesting their religious beliefs was underpinned by the need to preserve the constitutional principle of secularism on which the French Republic was founded. As the Court had already accepted, the neutrality imposed by a State on its employees thus pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others (they referred to *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V).

44. The Government submitted that the refusal to renew the applicant's contract had been necessary in a democratic society. The principle of the neutrality of public services required that employees could not wear any religious symbol, of any form, even if they did not engage in proselytism. In this connection they referred to the Court's case-law with regard to civil servants and their duty of discretion and choice of attire (specifically, *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 53, Series A no. 323, and *Kurtulmuş v. Turkey* (dec.), no. 65500/01, ECHR 2006-II). They emphasised the particular importance of the principle of neutrality in the circumstances of this case, where it was difficult to assess the impact that a particularly visible external sign could have on the freedom of conscience of fragile and impressionable patients. The Government added that certain patients had specifically refused to meet the applicant, and that this situation had created a general climate of tension and difficulties within the unit, requiring the

applicant's colleagues and some social workers to handle sensitive situations. It was in the light of this general climate that the CASH had taken the contested decision, after reminding the applicant on several occasions of the duty of neutrality, and not on account of the latter's professional skills, which had always been acknowledged. The Government considered that the contested decision had complied with the requirement to weigh up the interests at stake; it had been the consequence of the applicant's refusal to comply with the rules applicable to every public employee, of which she had been perfectly aware, and not, as she alleged, on account of her religious beliefs. Lastly, although the applicant's wearing of the religious symbol had been accepted by the hospital until 2000, this factor did not, in the Government's view, render the contested interference unnecessary. They reiterated that "the fact that an existing rule is applied less rigorously because of a specific context does not mean that there is no justification for the rule or that it is no longer binding in law" (citing *Kurtulmuş*, cited above).

45. Lastly, the Government submitted that the measure appeared proportionate to the aim pursued. They emphasised that, under French law, a public servant employed under contract was not automatically entitled to renewal of his or her contract. It was for the public authority to assess freely whether or not it was appropriate to renew it, and only an argument based on the employee's way of working or on the interests of the department could justify a refusal to renew. In the present case, and as the domestic courts had noted, it was indeed in the interests of the department that the decision not to renew the contract had been taken, and that decision had not been manifestly disproportionate. The Government concluded that the interference had been justified as a matter of principle and proportionate to the aim pursued.

2. The Court's assessment

46. Firstly, the Court observes that the CASH always used the word "head covering" ("*coiffe*") to describe the applicant's attire. The applicant submitted to the Court a photograph of herself, surrounded by her colleagues, in which she is seen wearing a head covering which conceals her hair, her neck and her ears, and her face is fully visible. This head covering, which resembles a scarf or an Islamic veil, has been described as a veil by the majority of the domestic courts which have examined the dispute, and it is this latter term that the Court will use in examining the applicant's complaint.

(a) Whether there was an interference

47. The Court notes that the non-renewal of the applicant's contract was explained by her refusal to remove her veil which, while not described as

such by the authorities, was the undisputed expression of her adherence to the Muslim faith. The Court has no reason to doubt that the wearing of this veil amounted to a “manifestation” of a sincere religious belief, protected by Article 9 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Leyla Şahin*, cited above, § 78; *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 111, ECHR 2011; and *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10 and 3 others, §§ 82, 89 and 97, ECHR 2013). As the applicant’s employer, it is the State which must assume responsibility for the decision not to renew her contract and to bring disciplinary proceedings against her. This measure must therefore be regarded as an interference with her right to freedom to manifest her religion or belief as guaranteed by Article 9 of the Convention (see *Eweida and Others*, cited above, §§ 83-84 and 97).

(b) Whether the interference was justified

(i) Prescribed by law

48. The expression “prescribed by law” requires, firstly, that the impugned measure should have some basis in domestic law. Secondly, it refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him or her, and compatible with the rule of law. The phrase thus implies, *inter alia*, that domestic law must be sufficiently foreseeable in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the authorities are entitled to resort to measures affecting their rights under the Convention. According to the Court’s settled case-law, the concept of “law” must be understood in its “substantive” sense, not its “formal” one. It therefore includes everything that goes to make up the written law, including enactments of lower rank than statutes, and the relevant case-law authority (see *Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, § 117, ECHR 2014, and *Dogru*, cited above, § 52).

49. In the present case, the applicant emphasised that there had been nothing prohibiting the wearing of religious symbols in French legislation on 11 December 2000. She considered that the *Conseil d’État’s* Opinion of 3 May 2000 concerned only teaching staff, and that the Opinion of 27 November 1989 relating to the wearing of religious signs in schools represented the applicable “law” (see paragraph 36 above). The Court notes that this latter Opinion concerned only the acknowledged right of pupils to manifest their religious beliefs and that it did not cover the situation of public employees.

50. The Court observes that Article 1 of the French Constitution provides, in particular, that France is a secular Republic which ensures the

equality of all citizens before the law. It notes that, in the law of the respondent State, this constitutional provision establishes the basis of the State's duty of neutrality and impartiality with regard to all religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed, and that it has been interpreted and read in conjunction with its application by the national courts. In this connection, the Court notes that it transpires from the administrative courts' case-law that the neutrality of public services is an element of State secularism and that, since 1950, the *Conseil d'État* has asserted the "duty of strict neutrality which is required from all [public] employees", particularly in the area of education (see paragraphs 26-27 above). Moreover, it notes that the Constitutional Council has emphasised that the principle of neutrality, the corollary of which is the principle of equality, is a fundamental principle of the public service (see paragraph 25 above). The Court concludes from this that the case-law of the *Conseil d'État* and the Constitutional Council amount to a sufficiently serious legal basis to enable the national authorities to restrict the applicant's religious freedom.

51. Nonetheless, the Court acknowledges that the content of the obligation of neutrality as affirmed in this manner, although it was such as to alert the applicant, did not contain any specific reference or application to the profession which she exercised. It therefore accepts that, when she took up her post, the applicant could not have foreseen that the expression of her religious beliefs would be subject to restrictions. However, it considers that, from the date of publication of the *Conseil d'État's* Opinion of 3 May 2000, issued more than six months before the decision not to renew her contract, the terms of which were brought to her attention by the hospital administration (see paragraph 8 above), these restrictions were set out with sufficient clarity for her to foresee that the refusal to remove her veil amounted to a fault leaving her liable to a disciplinary sanction. That Opinion, although responding to a specific question concerning the public education service, indicated that the principle of State secularism and the neutrality of public services applied to the public service as a whole. It stressed that employees must enjoy freedom of conscience, but that this freedom must be consistent, in its manner of expression, with the principle of neutrality of the relevant service, which precludes the wearing of a sign intended to indicate their adherence to a religion. In addition, it specifies that in the event of failure to comply with this obligation of neutrality the disciplinary consequences are to be assessed on a case-by-case basis, in the light of the particular circumstances (see paragraph 26 above). The Court thus notes that the Opinion of 3 May 2000 clearly lays down the basis for the requirement of religious neutrality by public employees when carrying out their duties, having regard to the principles of secularism and neutrality,

and meets the requirement as to the foreseeability and accessibility of “the law” within the meaning of the Court’s case-law. The measure in issue was therefore prescribed by law within the meaning of Article 9 § 2.

(ii) *Legitimate aim*

52. Unlike the parties in *Leyla Şahin* (cited above, § 99), the applicant and the Government do not agree on the aim of the contested restriction. The Government referred to the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others implied by the constitutional principle of secularism, while the applicant denied that any incident had occurred while she was carrying out her duties which could have given grounds for the interference in her right to freedom to manifest her religious beliefs.

53. Having regard to the circumstances of the case and the reasons given for not renewing the applicant’s contract, namely the requirement of religious neutrality in a context where users of the public service were in a vulnerable situation, the Court considers that the interference complained of pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others (see, *mutatis mutandis*, *Leyla Şahin*, cited above, §§ 99 and 116; *Kurtulmuş*, cited above; and *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, § 43, 23 February 2010). In the present case the purpose was to ensure respect for all of the religious beliefs and spiritual orientations held by the patients who were using the public service and were recipients of the requirement of neutrality imposed on the applicant, by guaranteeing them strict equality. The aim was also to ensure that these users enjoyed equal treatment, without distinction on the basis of religion. In this connection, the Court reiterates that it has found that an employer’s policies to promote equality of opportunity or to avoid any discriminatory conduct *vis-à-vis* other persons pursued the legitimate aim of the protection of the rights of others (see, *mutatis mutandis*, the cases of Ms Ladele and Mr McFarlane, in *Eweida and Others*, cited above, §§ 105-06 and 109). It also reiterates that upholding the principle of secularism is an objective that is compatible with the values underlying the Convention (see *Leyla Şahin*, cited above, § 114). In those circumstances, the Court is of the view that the ban on the applicant manifesting her religious beliefs while carrying out her duties pursued the aim of protecting the “rights and freedoms of others” and that this restriction did not necessarily need to be additionally justified by considerations of “public safety” or “protection of public order”, which are set out in Article 9 § 2 of the Convention.

(iii) *Necessary in a democratic society*

(a) General principles

54. With regard to the general principles, the Court refers to the judgment in *Leyla Şahin* (cited above, §§ 104-11), in which it reiterated

that while freedom of conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” (ibid., § 104; see also in respect of the general principles, *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A), Article 9 does not, however, protect every act motivated or inspired by a religion or belief. In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on the freedom to manifest one’s religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone’s beliefs are respected. This follows both from paragraph 2 of Article 9 and from the State’s positive obligations under Article 1 of the Convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined therein (see *Leyla Şahin*, cited above, § 106).

55. In that judgment, the Court also reiterated that it had frequently emphasised the State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. Thus, the State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed, and the Court considered that this duty requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups. Accordingly, the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (ibid., § 107).

56. More over, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance. The Court emphasised that this would notably be the case when it came to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue. Referring, *inter alia*, to the above-cited *Dahlab* case, the Court found that it was not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society, and that the meaning or impact of the public expression of a religious belief would differ according to time and context. It noted that rules in this sphere would consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order. It concluded that the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it would depend on the specific domestic context (see *Leyla Şahin*, cited above, § 109).

57. In the above-cited *Kurtulmuş* case, which concerned a ban on an associate professor at Istanbul University wearing the Islamic scarf, the Court emphasised that the principles set out in paragraph 51 above also apply to members of the civil service: “[a]lthough it is legitimate for a State to impose on public servants, on account of their status, a duty to refrain from any ostentation in the expression of their religious beliefs in public, public servants are individuals and, as such, qualify for the protection of Article 9 of the Convention”. It stated on that occasion, referring to the above-cited cases of *Leyla Şahin* and *Dahlab*, that “in a democratic society the State [is] entitled to place restrictions on the wearing of the Islamic headscarf if it [is] incompatible with the pursued aim of protecting the rights and freedoms of others and public order”. Applying those principles, the Court noted that “the rules on dress apply equally to all public servants, irrespective of their functions or religious beliefs. As public servants act as representatives of the State when they perform their duties, the rules require their appearance to be neutral in order to preserve the principle of secularism and its corollary, the principle of a neutral public service. The rules on dress require public servants to refrain from wearing a head covering on work premises” (see *Kurtulmuş*, cited above). It accepted, having regard in particular to the importance of the principle of secularism, a fundamental principle of the Turkish State, that the ban on wearing the veil was “justified by imperatives pertaining to the principle of neutrality in the public service”, and reiterated in this regard, referring to the above-cited judgment in *Vogt*, that it had “in the past accepted that a democratic State may be entitled to require public servants to be loyal to the constitutional principles on which it is founded”.

58. Again in the context of public education, the Court has stressed the importance of respect for the State’s neutrality in the context of teaching activity in public primary education, with very young children who are more easily influenced (see *Dahlab*, cited above).

59. In several recent cases concerning freedom of religion at work, the Court has stated that “[g]iven the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate” (see *Eweida and Others*, cited above, § 83).

(β) Application in the present case

60. The Court notes at the outset that, in addition to reminding the applicant of the principle of the neutrality of public services, the authorities

had indicated to her the reasons for which this principle justified special application with regard to a social worker in the psychiatric unit of a hospital. The authorities had identified the problems to which her attitude had given rise within the unit in question and had attempted to persuade her to refrain from displaying her religious beliefs (see paragraph 8 above).

61. The Court observes that the national courts validated the refusal to renew the applicant's contract, explicitly stating that the principle of the neutrality of public employees applied to all the public services, and not solely to education, and that it was intended to protect users from any risk of being influenced or infringement of their own freedom of conscience. In its judgment of 17 October 2002, the Administrative Court had attached importance to the fragility of these users, and held that the requirement of neutrality imposed on the applicant was all the more pressing in that she was in contact with patients who were fragile or dependent (see paragraph 11 above).

62. The Court further observes that the applicant has not been accused of acts of pressure, provocation or proselytism with regard to hospital patients or colleagues. However, the fact of wearing her veil was perceived as an ostentatious manifestation of her religion, incompatible in this case with the neutral environment required in a public service. It was thus decided not to renew her contract and to bring disciplinary proceedings against her on account of her persistence in wearing the veil while on duty.

63. The principle of secularism within the meaning of Article 1 of the French Constitution, and the resultant principle of neutrality in public services, were the arguments used against the applicant, on account of the need to ensure equal treatment for the users of the public establishment which employed her and which required, whatever her religious beliefs or her sex, that she comply with the strict duty of neutrality in carrying out her duties. According to the domestic courts, this entailed ensuring the State's neutrality in order to guarantee its secular nature and thus protect the users of the service, namely the hospital's patients, from any risk of influence or partiality, in the name of their right to freedom of conscience (see paragraphs 11, 16 and 25 above; see also the wording subsequently used in the circular on secularism in health institutions, paragraph 30 above). Thus, it is clear from the case file that it was indeed the requirement of protection of the rights and freedoms of others, that is, respect for the freedom of religion of everyone, and not the applicant's religious beliefs, which lay behind the contested decision.

64. The Court has already accepted that States may rely on the principles of State secularism and neutrality to justify restrictions on the wearing of religious symbols by civil servants, particularly teachers working

in the public sector (see paragraph 57 above). It is the latter's status as public employees which distinguishes them from ordinary citizens – “who are by no means representatives of the State engaged in public service” and are not “bound, on account of any official status, by a duty of discretion in the public expression of their religious beliefs” (see *Ahmet Arslan and Others*, cited above, § 48) – and which imposes on them religious neutrality *vis-à-vis* their students. Likewise, the Court can accept in the circumstances of the present case that the State, which employs the applicant in a public hospital where she is in contact with patients, is entitled to require that she refrain from manifesting her religious beliefs when carrying out her duties, in order to guarantee equality of treatment for the individuals concerned. From this perspective, the neutrality of the public hospital service may be regarded as linked to the attitude of its staff, and requires that patients cannot harbour any doubts as to the impartiality of those treating them.

65. It thus remains for the Court to verify that the impugned interference is proportionate to that aim. With regard to the margin of appreciation left to the State in the present case, the Court notes that a majority of the Council of Europe member States do not regulate the wearing of religious clothing or symbols in the workplace, including for civil servants (see paragraph 32 above) and that only five States (out of twenty-six), one of them France, have been identified as prohibiting completely the wearing of religious signs by civil servants. However, as pointed out above (see paragraph 56), consideration must be given to the national context of State-Church relations, which evolve over time in line with changes in society. Thus, the Court notes that France has reconciled the principle of the neutrality of the public authorities with religious freedom, thus determining the balance that the State must strike between the competing private and public interests or competing Convention rights (see paragraphs 21-28 above), and that this left the respondent State a large margin of appreciation (see *Leyla Şahin*, cited above, § 109, and *Obst v. Germany*, no. 425/03, § 42, 23 September 2010). Equally, the Court has already indicated that in the hospital environment the domestic authorities must be allowed a wide margin of appreciation, as hospital managers are better placed to take decisions in their establishments than a court, particularly an international court (see *Eweida and Others*, cited above, § 99).

66. The main question which arises in the present case is therefore whether the State overstepped its margin of appreciation in deciding not to renew the applicant's contract. On this point, the Court notes that public employees in France enjoy the right to respect for their freedom of conscience, which entails, in particular, a ban on any faith-based discrimination in access to posts or in career development. This freedom

is guaranteed, in particular, by section 6 of the Law of 13 July 1983 laying down the rights and duties of civil servants, and is to be reconciled with the requirements of the proper functioning of the service (see paragraph 25 above). However, they are prohibited from manifesting their religious beliefs while carrying out their duties (see paragraphs 25-26 above). Thus, the Opinion of 3 May 2000, cited above, clearly states that public employees' freedom of conscience must be reconciled, albeit solely in terms of how it is given expression, with the obligation of neutrality. The Court reiterates that the reason for this restriction lies in the principle of State secularism, which, according to the *Conseil d'État*, "concerns the relations between the public authorities and private persons" (see paragraph 28 above), and the principle of the neutrality of public services, a corollary of the principle of equality which governs the functioning of these services and is intended to ensure respect for all beliefs.

67. The Court emphasises, however, that it has already approved strict implementation of the principles of secularism (now included among the rights and freedoms safeguarded by the Constitution, see paragraph 24 above) and neutrality, where this involved a fundamental principle of the State, as in France (see, *mutatis mutandis*, *Kurtulmuş*, and *Dalhab*, both cited above). The principles of secularism and neutrality give expression to one of the rules governing the State's relations with religious bodies, a rule which implies impartiality towards all religious beliefs on the basis of respect for pluralism and diversity. The Court considers that the fact that the domestic courts attached greater weight to this principle and to the State's interests than to the applicant's interest in not limiting the expression of her religious beliefs does not give rise to an issue under the Convention (see paragraphs 54-55 above).

68. It observes in this connection that the obligation of neutrality applies to all public services, as reiterated on numerous occasions by the *Conseil d'État* and, recently, by the Court of Cassation (see paragraphs 26-27 above), and that the fact of employees wearing a sign of religious affiliation in the course of their duties amounts, as a matter of principle, to a breach of their obligations (see paragraphs 25-26 above). There is no indication in any text or decision by the *Conseil d'État* that the impugned obligation of neutrality could be adjusted depending on the employee and his or her duties (see paragraphs 26 and 31 above). The Court is mindful that this is a strict obligation which has its roots in the traditional relationship between State secularism and freedom of conscience as this is set out in Article 1 of the Constitution (see paragraph 21 above). Under the French model, which it is not the Court's role to assess as such, the State's neutrality is incumbent

on the employees representing it. The Court notes, however, that it is the duty of the administrative courts to verify that the authorities do not disproportionately interfere with public employees' freedom of conscience when State neutrality is relied upon (see paragraphs 26 and 28 above).

69. In this context, the Court notes that the disciplinary consequences of the applicant's refusal to remove her veil during her working hours were assessed by the authorities "with due regard to the nature and degree of ostentatiousness of the sign in question, and of the other circumstances" (see paragraph 26 above). In this respect, the authorities usefully pointed out that the imposed requirement of neutrality was non-negotiable in view of her contact with patients (see paragraph 13 above). Moreover, in a passage which it would have been worth expanding on, they referred to difficulties in the relevant unit (see paragraph 8 above). For their part, the courts dealing with the case accepted, in essence, the French concept of the public service and the ostentatious nature of the veil, concluding that there had not been an excessive interference with the applicant's religious freedom. Thus, while the applicant's wearing of a religious symbol amounted to a culpable breach of her duty of neutrality, the impact of this attire on the exercise of her duties was taken into consideration in evaluating the seriousness of that fault and in deciding not to renew her contract. The Court notes that section 29 of the Law of 13 July 1983 does not define the fault (see paragraph 41 above) and that the authorities have discretion in this area. It observes that they obtained witness statements before finding that they had sufficient information to bring disciplinary proceedings against the applicant (see paragraph 8 above). Furthermore, the Administrative Court did not criticise the sanction of non-renewal of her contract, finding that – having regard to public employees' duty of neutrality – it was proportionate to the fault. The Court considers that the national authorities are best placed to assess the proportionality of the sanction, which must be determined in the light of all of the circumstances in which a fault was found, in order to comply with Article 9 of the Convention.

70. The Court notes that the applicant, whose religious beliefs meant that it was important for her to manifest her religion by visibly wearing a veil, was rendering herself liable to the serious consequence of disciplinary proceedings. However, there can be no doubt that, after the publication of the *Conseil d'État's* Opinion of 3 May 2000, she was aware that she was required to comply with the obligation of neutrality in her attire while at work (see paragraphs 26 and 51 above). The authorities reminded her of this obligation and asked her to reconsider wearing her veil. It was on account of her refusal to comply with this obligation that the applicant was

notified that disciplinary proceedings had been opened, notwithstanding her professional abilities. She had subsequently had access to the safeguards of the disciplinary proceedings and to the remedies available before the administrative courts. Moreover, she had chosen not to take part in the recruitment test for social workers organised by the CASH, although she had been included in the list of candidates drawn up by that establishment in full cognisance of the situation (see paragraph 10 above). In those circumstances, the Court considers that the domestic authorities did not exceed their margin of appreciation in finding that it was impossible to reconcile the applicant's religious beliefs and the obligation not to manifest them, and subsequently in deciding to give priority to the requirement of State neutrality and impartiality.

71. It appears from the report by the Secularism Observatory, in the section entitled "Overview of secularism in health establishments" (see paragraph 29 above), that disputes arising from the religious beliefs of persons working within hospital services are assessed on a case-by-case basis, and that the authorities attempt to reconcile the interests at stake in a bid to find friendly settlements. This desire for conciliation is confirmed by the small number of similar disputes brought before the courts, as indicated in the 2005 circular or recent studies on secularism (see paragraphs 26 and 30 above). Lastly, the Court observes that a hospital is a place where users, who for their part have equal freedom to express their religious beliefs, are also requested to assist in implementing the principle of secularism, by refraining from any form of proselytism and respecting the manner in which the service is organised and, in particular, the health and safety regulations (see paragraphs 23 and 29-30 above); in other words, the regulations of the respondent State place greater emphasis on the rights of others, equal treatment for patients and the proper functioning of the service than on the manifestation of religious beliefs, and the Court takes note of this.

72. Having regard to the foregoing, the Court considers that the impugned interference can be regarded as proportionate to the aims pursued. It follows that the interference with the applicant's freedom to manifest her religion was necessary in a democratic society and that there has been no violation of Article 9 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares*, unanimously, the application admissible;
2. *Holds*, by six votes to one, that there has been no violation of Article 9 of the Convention;

Done in French, and notified in writing on 26 November 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Milan Blaško
Deputy Registrar

Josep Casadevall
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) partly concurring and partly dissenting opinion of Judge O’Leary;
- (b) dissenting opinion of Judge De Gaetano.

J.C.M.
M.B.

PARTLY CONCURRING AND PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE O’LEARY

In the present case, I voted in favour of finding no violation of Article 9 of the Convention for two reasons. On the one hand, the jurisprudence of the Court on Article 9 – particularly strands of that case-law dealing with the principles of neutrality and secularism in certain sectors, mainly education, and in certain member States, mainly France and Turkey – could be relied on in support of the majority’s finding of a justified and proportionate interference with the applicant’s right to manifest her religious beliefs at her place of work (see section I below). On the other hand, it is clearly established that the member States enjoy an ample if not a very wide margin of appreciation where questions concerning the relationship between the State and religions are at stake (see section II below).

That being so, the majority’s assessment of certain aspects of the case calls, in my view, for further comment and reflection.

I. The *Ebrahimian* judgment in the context of the Court’s existing case-law on Article 9

As indicated above, the case-law of the Court cited in paragraphs 52 to 59 of the present judgment *could* be relied on to support the impugned French prohibition on the wearing of religious symbols by employees of public bodies.

Nevertheless, all of the cases cited, bar one, involved restrictions on the individual’s right to manifest their freedom of religion in an *educational* context. As regards teachers, the Court in each case examined whether the correct balance had been struck between, on the one hand, their right to manifest their religious beliefs and, on the other, respect for the neutrality of public education and the protection of the legitimate interests of pupils and students, ensuring peaceful coexistence between students of various faiths and thus protecting public order and the beliefs of others. In those cases, the Court’s reasoning, when finding no violation or rejecting the complaints as manifestly ill-founded, was intimately linked to the role of education and teachers in society, the relative vulnerability of pupils and the impact or influence which religious symbols might have on the latter.¹ In the case-law regarding pupils, the same concerns with the neutrality of State education and the need to protect susceptible and easily influenced

1. See, variously, *Dablab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V; *Kurtulmuş v. Turkey* (dec.), no. 65500/01, ECHR 2006-II; and *Karaduman v. Turkey* (dec.), no. 41296/04, 3 April 2007.

pupils and students from pressure and proselytisation emerge.² In only one of these cases (*Kurtulmuş*) did the Court express itself in broader terms, not apparently limited to the specificities of the educational sector, when it found that the applicant teacher had chosen to become a civil servant and the dress code with which she did not wish to comply applied equally to all public servants, irrespective of their functions or religious beliefs.³

The only other Article 9 case on the wearing of religious symbols in employment is *Eweida and Others v. the United Kingdom*⁴, which is both relevant to the present case (see below) and entirely distinguishable. The latter is because, as regards Ms Eweida, the first applicant, the Court found a violation of Article 9, upholding the applicant's private-sector employer's wish to protect its own brand as legitimate but regarding the interference with the applicant's right as disproportionate. As regards Ms Chaplin, the second applicant, who was a nurse in a public hospital, the prohibition on her wearing a cross was for public-health reasons and related to clinical safety. In those circumstances, the Court was unable to conclude that the measures in question were disproportionate.

An overview of existing case-law thus reveals clear instances, in cases involving Turkey and France, where the Court has allowed principles of secularism and neutrality to justify bans on the wearing of religious symbols. However, a careful reading of those cases reveals also that those abstract principles were, in each case, translated into a more concrete form⁵ than is the case in the present judgment, before they were allowed to defeat the individual applicant's fundamental right to manifest his or her religious beliefs. In addition, in all of these cases, and notwithstanding the broad reference to civil servants in *Kurtulmuş*, the Court's decisions and judgments were carefully tailored to the educational context involved.

As such, the majority judgment in the present case is an extension to the public service generally of jurisprudence previously restricted to one sector and underpinned by a justification specifically related to that sector and to the role of education in society. In addition, while the outcome of the present case is somewhat limited – the applicant, employed on a

2. See, variously, *Köse and Others v. Turkey* (dec.), no. 26625/02, ECHR 2006-II; *Dogru v. France*, no. 27058/05, 4 December 2008; *Kervancı v. France*, no. 31645/04, 4 December 2008; *Gamaleddyn v. France* (dec.), no. 18527/08, 30 June 2009; *Aktas v. France* (dec.), no. 43563/08, 30 June 2009; *Ranjit Singh v. France* (dec.), no. 27561/08, 30 June 2009; *Jasvir Singh v. France* (dec.), no. 25463/08, 30 June 2009; and *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI.

3. See, for confirmation of *Kurtulmuş*, albeit in a different context, *Ahmet Arslan v. Turkey*, no. 41135/98, § 48, 23 February 2010.

4. *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013.

5. See the reference, for example, in *Leyla Şahin* (cited above, § 116) to “the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women”.

fixed-term contract, found that her contract was not renewed because of her refusal to remove her headscarf – the consequences of the judgment are not. Depending on how the final part of the judgment on proportionality is to be interpreted (see section V), the wearing of visible religious symbols by employees of French public bodies is prohibited and leads to dismissal or non-renewal of their contract.⁶ A blanket ban is thus justified with reference to the principles of secularism and neutrality and is found to be proportionate. There is, however, little discussion in the judgment of this considerable extension of case-law forged exclusively in the educational sector.

II. The member States’ wide margin of appreciation and Article 9

Another and perhaps stronger reason for voting for a finding of no violation, given recent Grand Chamber judgments on Article 9 and beyond⁷, is the very wide margin of appreciation afforded member States in this context. As the majority judgment reiterates, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of national decision-making bodies must be given special importance. This, as we have seen above, will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions, especially in view of the diversity of the approaches taken by national authorities on the issue.⁸

This separate opinion should not, in the light of this established case-law, in view of the subsidiary role of the Court and having regard to the fundamental importance in French society of the principles relied on by the Government, be read as a denial of that State’s margin of appreciation in this field. It is not for the Court, as the majority points out in paragraph 68 of the judgment, to assess the French secular model as such.

Nevertheless, a wide margin of appreciation goes hand in hand with European supervision in cases where the Convention applies, as it clearly

6. Neither is the judgment limited to civil servants, the applicant having been merely an employee of a public body, neither enjoying the benefits which civil-service employment confers nor, arguably, some of the duties which it imposes. This point alone distinguishes the present case from *S.A.S. v. France* ([GC], no. 43835/11, § 145, ECHR 2014), where the legitimate aim and margin of appreciation recognised by the Court were also very wide but where the scope of application of the impugned legislation was very narrow.

7. See, particularly, *S.A.S. v. France*, cited above, and *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, ECHR 2011.

8. See paragraph 56 of the present judgment and the jurisprudence cited therein. See, however, paragraph 3 of the dissenting opinion in the *Leyla Şahin* case on the question of whether there can really be said to be a “diversity of practice between the States” and, therefore, the lack of a European consensus. See also the comparative analysis of Council of Europe member States in paragraph 47 of the judgment in *Eweida and Others*.

does in this case, and that supervision cannot be sidestepped simply by invoking the margin of appreciation, however wide.

III. Whether the measure was “prescribed by law” at the relevant time

In concluding that the limitation of the applicant’s rights was prescribed by law, the majority judgment relies on the French Constitution as well as the jurisprudence of the *Conseil d’État* and the Constitutional Council, citing in particular the Opinion of 3 May 2000 of the former, which related to the wearing of religious symbols in educational establishments.

Yet if one examines carefully the legislative and jurisprudential framework presented in paragraphs 21 to 31 of the present judgment, paying particular attention to the chronology, it is questionable whether, in 1999, when the applicant was first employed, or in 2000, when her contract was not renewed, the prohibition in issue here was accessible and foreseeable within the meaning of this Court’s case-law. The 1983 Law laying down the rights and duties of civil servants (mentioned in paragraph 25 of the present judgment) appears vague and unspecific, as does the 1995 circular on the rights of patients. Only one relevant *Conseil d’État* decision predating the non-renewal date of the applicant’s contract is relied on here and even then it predates it merely by a matter of months.⁹ The decision in that case concerned the wearing of religious symbols in educational establishments and simply included a one line *obiter* to the effect that there was no reason to distinguish between employees in the public service according to whether they were employed in education. However, in a previous Opinion of 1989, relied on by the applicant, the *Conseil d’État* had held that “wearing signs in schools by which [pupils] manifest their affiliation to a particular religion is not in itself incompatible with the principle of secularism”¹⁰. According to this *Conseil d’État* Opinion, problems only arose due to the conditions in which the signs were worn and, in particular, if the signs were ostentatious or in some way demanding or constituted acts of pressure and provocation.

All the other decisions, circulars, etc., referred to in these paragraphs of the present judgment post-date, in some cases by over a decade, the non-renewal of the applicant’s contract. In paragraph 25 it is confirmed that a draft law amending the 1983 Law with a view to including an express obligation that when civil servants exercise their functions they respect the

9. If, in any event, the 2000 Opinion of the *Conseil d’État* is the key event in the instant case (see § 70), one could wonder why equity did not require a reasonable lapse of time for interested persons to become acquainted with it. See, in the context of exhaustion, *Valada Matos das Neves v. Portugal*, no. 73798/13, § 105, 29 October 2015.

10. See the Opinion of the *Conseil d’État* (no. 346.893) of 27 November 1989, which concerned school pupils, and which is reproduced at § 26 of *Dogru v. France*.

principle of secularism and refrain from manifesting their religious views was only adopted by the National Assembly in October 2015. Paragraph 30 reveals that a circular on secularism in health-care establishments was only adopted in 2005.¹¹

In these circumstances, it is difficult to conclude that when the applicant first signed a contract with the CASH, she could have foreseen that the wearing of an Islamic headscarf (which, furthermore, she wore in her interview and for several months after she first started work without comment) would lead to disciplinary proceedings and, effectively, to dismissal. Of course, as the Court has recognised, the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context and the rules in this sphere will consequently vary from one country to another.¹² However, the wider the margin of appreciation left to States, the more accessible and foreseeable the legal framework on which they rely should be. It is questionable whether this standard was met in 1999-2000 and the majority judgment could be read as assessing the requirement of lawfulness not with reference to the law as it stood then but with reference to the law as it stands now, following fifteen years of a wide and undoubtedly sensitive debate in French society.

IV. Whether the measure pursued a legitimate aim

This case represents another instance of a member State relying on abstract principles or ideals – those of neutrality and secularism – to justify interference with an applicant’s individual right to manifest her religious beliefs. While the latter is clearly not absolute, pursuant to Article 9 § 2 limitations of that right or freedom must be “necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. The majority judgment seeks to couch the member State’s reliance on the principles of secularism and neutrality into the last legitimate aim exhaustively listed in Article 9 § 2, namely the protection of the rights and freedoms of others. Again, it could be argued that the judgment simply applies the approach already developed by the Court under Article 9 in the sphere of education. However, as highlighted above, the principles of neutrality and secularism in those cases sought to protect the rights and freedoms of the pupils and students involved and were intimately linked to the values which educational establishments are intended to teach (see,

11. Contrast with the very different legal framework described in the judgment in *Leyla Şahin*, cited above, §§ 37, 39, 41 and 120, or the much clearer French legal framework in issue in *Dogru*, cited above, §§ 17-32.

12. See, *inter alia*, *Leyla Şahin*, cited above, § 109.

inter alia, *Dahlab*, or *Leyla Şahin*, § 116, both cited above). The decision in *Kurtulmuş* again appears to be the sole exception to this rule.

In *Eweida and Others*, as regards the first applicant, the Court found that the employer’s legitimate aim to protect a certain corporate image was accorded too much weight in circumstances where “there was no evidence of any real encroachment on the interests of others” (see *Eweida and Others*, cited above, §§ 94-95). As regards the second applicant, the very concrete and legitimate aim of protecting health and safety on a hospital ward outweighed the individual right of that applicant to wear her cross (*ibid.*, §§ 99-100). In the instant case, given the nature and context of the applicant’s work in a psychiatric hospital, the Government could have relied on such a concrete, legitimate aim, expressly provided by Article 9 § 2. It sought instead to rely on abstract principles in support of a blanket ban applicable to all employees of public bodies.

It is uncontested that secularism and neutrality in this context are essential principles whose importance has already been recognised by the Court, and repeatedly by the Grand Chamber. In France, the neutrality of the public service is recognised as a constitutional value. Nevertheless, such recognition does not release the Court from the obligation under Article 9 § 2 to establish whether the ban on wearing religious symbols to which the applicant was subject was necessary to secure compliance with those principles and, therefore, to meet a pressing social need. When it comes to the Chamber’s assessment of proportionality (see below), it can be seen that the abstract nature of the principles relied on to defeat the right under Article 9 tended also to render abstract this assessment. The risk is therefore that any measure taken in the name of the principle of secularism-neutrality and which does not exceed a State’s margin of appreciation – itself very wide because what are in issue are choices of society¹³ – will be Convention compatible.¹⁴

V. Whether the measure was necessary in a democratic society

Was there, in the instant case, a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aims pursued by the interference?

In paragraphs 60 to 71, the majority judgment appears to mix two very different approaches when assessing the proportionality of the interference with the applicant’s right. On the one hand, one finds a fairly concrete

13. See *S.A.S. v. France*, cited above, §§ 153-54.

14. See P. Bosset, “Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in *Leyla Şahin v. Turkey*”, E. Brems (ed.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge University Press, 2013, pp. 192-217, at p. 198.

assessment of proportionality based on the particular functions exercised by the applicant (her work as a social worker), the context in which those functions were carried out (the fact that she was a social worker in a psychiatric unit) and the vulnerability and needs of the patients with whom she was in contact (see paragraphs 60-61, 64-65 and 69-70 of the judgment). On the other, there is a much more abstract assessment of proportionality rooted in the very abstract nature of the principles of neutrality and secularism on which the national authorities and the Government principally relied (see paragraphs 63-69).

To the extent that the majority judgment finds no violation of the applicant's Article 9 right to manifest her religious beliefs on the basis of the former "functional" assessment of the proportionality of the impugned measure, I have little difficulty subscribing to it. It is also an approach which applies in the private sector in France¹⁵ and which the French authorities seemed at one point to have discussed as regards the public sector but subsequently rejected¹⁶.

In contrast, the more abstract proportionality assessment at the heart of the present judgment seems to be the inevitable result of reliance on abstract principles to justify the interference with the Article 9 right in the first place. According to the majority, the fact that the national courts accorded more weight to the principle of secularism-neutrality and to the interest of the State than to the interest of the applicant does not pose a problem from the perspective of the Convention. The national courts essentially based their approach on the French conception of the public service and the "ostentatious" nature of the headscarf worn by the applicant to conclude that there was no disproportionate interference with the latter's Article 9 right (see paragraphs 67-69 of the present judgment).

15. See *Eweida and Others*, cited above, § 47.

16. See the submissions of the Government Commissioner reproduced in paragraph 31 of the present judgment. It is worth recalling, as an aside, that France is a member of the European Union and therefore subject to Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (Official Journal L 303, p. 16). This Directive prohibits direct and indirect discrimination on grounds of religion and beliefs. The Court of Justice of the European Union has not yet dealt with a preliminary reference or infringement action concerning the wearing of religious symbols at work. It remains to be seen whether it would follow a "functional" approach (as the terms of Article 4 § 1 might suggest) or whether, on the basis of the broader terms of Article 2 § 5 of the Directive, which to a large extent resembles Article 9 § 2 of the Convention, an approach akin to that of the present judgment would pass muster. See, however, for examples of "functional" ECJ reasoning pursuant to that Directive, the judgments of 12 January 2010 in *Wolf*, C-229/08, EU:C:2010:3, and 13 September 2011 in *Prigge and Others*, C-447/09, EU:C:2011:573. As the Directive applies to employment in both the French public and private sectors, the Court's case-law thereunder highlights the possible vulnerability of the ban on wearing religious symbols when assessed with reference to the principle of non-discrimination in the employment context.

In reaching this conclusion, the majority accept that there was no evidence that the applicant, through her attitude, conduct or acts, contravened the principle of secularism-neutrality by exerting pressure, seeking to provoke a reaction, proselytising, spreading propaganda or undermining the rights of others.¹⁷ It is noteworthy that the majority judgment also criticises the absence of detail regarding the alleged difficulties in the service referred to by the national administration as a result of the applicant's wearing a headscarf (see paragraph 69 of the judgment).

Nor do we find any real engagement, strongly emphasised in *Eweida and Others* (cited above, § 106) with the serious consequences (disciplinary proceedings and, effectively, dismissal) which the applicant faced if, because of the strength of her religious convictions, she felt unable to remove the religious symbol complained of. In *Eweida and Others* (§ 83) the Court held, regarding the possibility of changing job, that the better approach in Article 9 cases would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate rather than holding that such a possibility negated the existence of interference. Traces of *Eweida and Others* and any consideration of reasonable accommodation are somewhat lost in the judgment in the instant case.¹⁸

It is also noteworthy that the mere wearing of the headscarf is regarded as an *ostentatious* manifestation of the applicant's religious beliefs, an appraisal which sits uneasily with the Court's tolerance, in the more sensitive educational context in *Lautsi and Others*, of what it regarded as mere passive symbols¹⁹.

VI. Conclusion

While the Court must be conscious of its subsidiary role, it cannot divest itself of its supervisory role by adjusting the terms of Article 9 § 2, broadening – with reference to ever more abstract ideals and principles – the scope of the limitations for which that provision exhaustively provides and disengaging with the requirements of proportionality.

17. Contrast the approach in this case with paragraphs 94 and 95 of *Eweida and Others*, or with the Decision of the United Nations Human Rights Committee in *Bikramjit Singh v. France*, § 8.7, Communication No. 1852/2008, according to which the State Party had not furnished compelling evidence that, by wearing his *keski*, the applicant would have posed a threat to the rights and freedoms of other pupils or to order at the school.

18. While the 2013-14 report of the French "Secularism Observatory" refers to friendly settlements and conciliation (see paragraph 71 of the present judgment), the facts on the ground in the instant case suggest a slightly different reality. See further, as regards reasonable accommodation, the dissenting opinion in *Francesco Sessa v. Italy*, no. 28790/08, ECHR 2012, and K. Alidadi, "Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?", *European Law Review*, Issue 6, 2012, pp. 693-715.

19. See *Lautsi and Others*, cited above, § 72.

A finding of no violation could, in my view, have been arrived at by means of an assessment more in conformity with the requirements of the Convention while ensuring a greater degree of coherence between different facets of the Court's Article 9 case-law. A wide margin of appreciation must be supported by a legal framework which is both foreseeable and accessible. Equally, that same margin of appreciation must not absolve the member States, at first instance, and, one step removed, the Court, of their obligation to ensure a concrete assessment of proportionality, particularly when what is in issue is a blanket ban which interferes with the rights of an individual, while also potentially affecting the employment opportunities of an entire collectivity.

Where member States rely on flexible notions, principles and ideals to justify interferences with the freedom to manifest one's religion, the Grand Chamber has previously stated that it must engage in a careful examination of any impugned limitation (see *S.A.S v. France*, cited above, § 122). It is questionable whether this has occurred in the instant case, as the proportionality assessment is, at one and the same time, both targeted and functional and vague and broad.

DISSENTING OPINION OF JUDGE DE GAETANO

I have had the benefit of reading the separate opinion of Judge O’Leary. I share entirely the concerns that she expresses so eruditely regarding the reasoning in the judgment.

However, those very same concerns lead me ineluctably to the conclusion that in this case there has been a violation of Article 9. The thrust of the judgment is to the effect that the *abstract* principle of *laïcité* or secularism of the State *requires* a blanket prohibition on the wearing by a public official at work of any symbol denoting his or her religious belief. That abstract principle becomes in and of itself a “pressing social need” to justify the interference with a fundamental human right. The attempt to hedge the case and to limit its purport to the specific facts applicable to the applicant is, as pointed out by Judge O’Leary, very weak and at times contradictory. The judgment proceeds from and rests on the false (and, I would add, very dangerous) premise, reflected in paragraph 64, that the users of public services cannot be guaranteed an impartial service if the public official serving them manifests in the slightest way his or her religious affiliation – even though quite often, from the very name of the official displayed on the desk or elsewhere, one can be reasonably certain of the religious affiliation of that official.

Moreover, it would also seem that what is prohibited under French law with regard to public officials is the *subjective* manifestation of one’s religious belief and not the *objective* wearing of a particular piece of clothing or other symbol. A woman may wear a headscarf not to manifest a religious belief, or any belief for that matter, but for a variety of other reasons. The same can be said of a man wearing a full beard, or a person wearing a cross with a necklace. Requiring a public official to “disclose” whether that item of clothing is a manifestation or otherwise of his or her religious belief does not sit well with the purported benefits enjoyed by public officials as mentioned in paragraph 66 of the judgment.

While States have a wide margin of appreciation as to the conditions of service of public officials, that margin is not without limits. A principle of constitutional law or a constitutional “tradition” may easily end up by being deified, thereby undermining every value underpinning the Convention. This judgment comes dangerously close to doing exactly that.

CENGİZ ET AUTRES c. TURQUIE
(*Requêtes n^{os} 48226/10 et 14027/11*)

DEUXIÈME SECTION

ARRÊT DU 1^{er} DÉCEMBRE 2015¹

1. Texte français original.

SOMMAIRE¹**Blocage de l'accès à l'intégralité de YouTube dont les requérants sont des usagers actifs**

Bien que n'étant pas directement visés par la décision de blocage de l'accès à un site Internet, il est possible que des requérants puissent légitimement prétendre qu'une telle mesure a affecté leur droit de recevoir et de communiquer des informations ou des idées. Une telle décision de blocage, ayant vocation à influencer sur l'accessibilité à Internet, engage la responsabilité de l'État au titre de l'article 10 de la Convention (paragraphe 54 et 57 de l'arrêt).

Article 10

Liberté de recevoir des informations – Liberté de communiquer des informations – Blocage de l'accès à l'intégralité de YouTube sans base légale – Accessibilité d'Internet – Plateforme très populaire pour le discours politique et les activités politiques et sociales – Émergence d'un journalisme citoyen – Plateforme unique, sans aucun équivalent, compte tenu de ses caractéristiques, de son niveau d'accessibilité et de son impact potentiel – Absence de base légale

Article 34

Victime – Blocage de l'accès à l'intégralité de YouTube dont les requérants sont des usagers actifs – Qualité d'utilisateur actif d'un site Internet – Droits des requérants affectés bien que non directement visés par la décision de blocage

*

* *

En fait

En mai 2008, un tribunal d'Ankara, considérant notamment que le contenu de dix pages du site YouTube violait l'interdiction d'outrage à la mémoire d'Atatürk, ordonna le blocage de l'accès à l'intégralité de ce site. Les requérants, des usagers actifs de ce site, formèrent des recours contre cette décision. Ils furent déboutés au motif que n'étant pas parties à la procédure d'enquête ils n'avaient donc pas qualité pour contester une telle décision.

La loi sur laquelle reposait la décision du tribunal a été amendée postérieurement aux faits de l'espèce de manière à rendre possible le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site Internet et non plus seulement au contenu litigieux.

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

En droit

Article 10 : les requérants ont déposé leurs requêtes devant la Cour en qualité d'usagers actifs de YouTube, soulignant notamment les répercussions du blocage litigieux sur leur travail universitaire, ainsi que les caractéristiques importantes du site en question. En particulier, ils affirment que, en se servant de leurs comptes YouTube, ils utilisent cette plateforme non seulement pour accéder à des fichiers vidéo relatifs à leur domaine professionnel mais aussi, de manière active, pour télécharger et partager de tels fichiers. Par ailleurs, certains d'entre eux ont précisé y publier des enregistrements sur leurs activités universitaires. En outre, YouTube diffuse non seulement des œuvres artistiques et musicales, mais constitue également une plateforme très populaire pour le discours politique et les activités politiques et sociales. Les fichiers diffusés par YouTube comportent entre autres des informations qui peuvent présenter un intérêt particulier pour chacun. En effet, la mesure litigieuse rendait inaccessible un site comprenant des informations spécifiques pour les requérants qui ne sont pas facilement accessibles par d'autres moyens. Ce site constitue également une source importante de communication pour les intéressés. En outre, YouTube est un site web d'hébergement de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager des vidéos et il constitue à n'en pas douter un moyen important d'exercer la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées. En particulier, les informations politiques ignorées par les médias traditionnels ont souvent été divulguées par le biais de YouTube, ce qui a permis l'émergence d'un journalisme citoyen. Dans cette optique, cette plateforme est unique compte tenu de ses caractéristiques, de son niveau d'accessibilité et surtout de son impact potentiel, et il n'existait au moment des faits aucun équivalent.

Par conséquent, les requérants, bien que n'étant pas directement visés par la décision de blocage de l'accès à YouTube, peuvent légitimement prétendre que la mesure en question a affecté leur droit de recevoir et de communiquer des informations ou des idées. Quelle qu'en ait été la base légale, pareille mesure avait vocation à influencer sur l'accessibilité à Internet. Dès lors, elle engageait la responsabilité de l'État défendeur au titre de l'article 10.

Quant à la légalité de cette ingérence, il faut noter que la loi en cause n'autorisait pas le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site Internet à cause du contenu de l'une des pages web qu'il hébergeait. En effet, seul le blocage de l'accès à une publication précise pouvait être ordonné, s'il existait des motifs suffisants de soupçonner que, par son contenu, une telle publication était constitutive des infractions mentionnées dans la loi. Par conséquent, lorsque le tribunal a décidé de bloquer totalement l'accès à YouTube, aucune disposition législative ne lui conférait un tel pouvoir. En effet, la technologie de filtrage d'URL pour les sites basés à l'étranger n'est pas disponible en Turquie. Dès lors, dans la pratique, un organe administratif a décidé de bloquer tout accès à l'intégralité du site en question afin d'exécuter les décisions judiciaires concernant un contenu en particulier. Or les autorités auraient dû notamment tenir compte du fait que pareille mesure, qui rendait inaccessible une

grande quantité d'informations, ne pouvait qu'affecter considérablement les droits des internautes et avoir un effet collatéral important. Partant, la mesure litigieuse ne répondait pas à la condition de légalité.

Conclusion: violation (unanimité).

Article 41 : constat de violation suffisant en lui-même pour le préjudice moral.

Article 46 : après l'introduction de la présente affaire, la loi en cause a été modifiée. Le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site Internet peut désormais être ordonné si les conditions énumérées par la loi sont réunies. Ces amendements ont été introduits après les faits de l'espèce. Or la Cour n'a point pour tâche de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité avec la Convention du régime juridique du blocage de l'accès à des sites Internet tel qu'il a existé en Turquie au moment des faits ou tel qu'il existe actuellement mais doit apprécier *in concreto* l'incidence de l'application des dispositions en question sur le droit des requérants à la liberté d'expression. Il n'est donc pas nécessaire, dans les circonstances de l'espèce, de se prononcer sur la demande des requérants tendant au prononcé d'une injonction au titre de l'article 46 de la Convention.

Jurisprudence citée par la Cour

Ahmet Yıldırım c. Turquie, n° 3111/10, CEDH 2012

Akdeniz c. Turquie (déc.), n° 20877/10, 11 mars 2011

Altuğ Taner Akçam c. Turquie, n° 27520/07, 25 octobre 2011

Anđelković c. Serbie, n° 1401/08, 9 avril 2013

Delfi AS c. Estonie [GC], n° 64569/09, CEDH 2015

Dink c. Turquie, n°s 2668/07 et 4 autres, 14 septembre 2010

Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède, n° 23883/06, 16 décembre 2008

Nikolova c. Bulgarie [GC], n° 31195/96, CEDH 1999-II

RTBF c. Belgique, n° 50084/06, CEDH 2011

Tanrıkulu et autres c. Turquie (déc.), n°s 40150/98 et 2 autres, 6 novembre 2001

Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (n°s 1 et 2),

n°s 3002/03 et 23676/03, CEDH 2009

En l'affaire Cengiz et autres c. Turquie,

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

Paul Lemmens, *président*,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Ksenija Turković,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

Stéphanie Mourou-Vikström, *juges*,

et de Stanley Naismith, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 octobre 2015,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 48226/10 et 14027/11) dirigées contre la République de Turquie et dont trois ressortissants de cet État, M. Serkan Cengiz, M. Yaman Akdeniz et M. Kerem Altıparmak (respectivement «le premier requérant», «le deuxième requérant» et «le troisième requérant»), ont saisi la Cour, le 20 juillet 2010 pour le premier, et le 27 décembre 2010 pour les deux derniers, en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»).

2. Les deuxième et troisième requérants ont été représentés devant la Cour par M^e A. Altıparmak, avocate à Ankara. Le gouvernement turc («le Gouvernement») a été représenté par son agent.

3. Invoquant l'article 10 de la Convention, les requérants contestaient notamment une mesure qui les avait selon eux privés de tout accès à YouTube. En outre, sur le terrain de l'article 6 de la Convention, le premier requérant se plaignait de ne pas avoir bénéficié d'un recours judiciaire effectif aux fins du contrôle de la mesure litigieuse par un tribunal.

4. Le 16 avril 2014, les requêtes ont été communiquées au Gouvernement.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. M. Cengiz est né en 1974 et réside à İzmir. Il est enseignant à la faculté de droit de l'université d'İzmir, expert et juriste dans le domaine de la liberté d'expression.

M. Yaman Akdeniz et M. Altıparmak sont nés respectivement en 1968 et en 1973. M. Akdeniz est professeur de droit à la faculté de droit de l'université de Bilgi. M. Altıparmak est assistant-professeur de droit à la faculté des sciences politiques de l'université d'Ankara et directeur du centre des droits de l'homme de cette université.

A. Décision de blocage de YouTube

6. YouTube (www.youtube.com) est le principal site web d'hébergement de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager des vidéos. La plupart des vidéos du site ou des chaînes YouTube peuvent être vues par tous les internautes, tandis que seules les personnes ayant un compte YouTube peuvent y publier des fichiers vidéo. Cette plateforme est disponible dans plus de soixante-seize pays. Plus d'un milliard d'utilisateurs la consultent chaque mois et y regardent plus de six milliards d'heures de fichiers vidéo.

7. Le 5 mai 2008, se fondant sur l'article 8 §§ 1 b), 2, 3 et 9 de la loi n° 5651 du 4 mai 2007 relative à la régularisation des publications sur Internet et à la lutte contre les infractions commises sur Internet (« la loi n° 5651 »), le tribunal d'instance pénal d'Ankara rendit une décision ordonnant le blocage de l'accès au site Internet www.youtube.com et aux adresses IP 208.65.153.238-208.65.153.251 fournissant l'accès à ce site. Le tribunal considérait notamment que le contenu de dix pages de ce site (dix fichiers vidéo) violait la loi n° 5816 du 25 juillet 1951 interdisant l'outrage à la mémoire d'Atatürk.

8. Le 21 mai 2010, le premier requérant forma opposition à la décision de blocage du 5 mai 2008. Invoquant son droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées, il demandait la levée de cette mesure.

9. Le 31 mai 2010, les deuxième et troisième requérants, en qualité d'usagers de YouTube, formèrent également opposition à la décision de blocage du 5 mai 2008. Ils demandaient la levée de cette mesure, arguant qu'il existait un intérêt public à accéder à YouTube et que le blocage en question constituait une atteinte grave à la substance même de leur droit à la liberté de recevoir des informations et des idées. Ils soutenaient en outre que six des dix pages concernées par la décision du 5 mai 2008 avaient déjà été supprimées et que les quatre autres pages n'étaient plus accessibles à partir de la Turquie. Dès lors, selon les requérants, la mesure de blocage avait perdu toute raison d'être et constituait une restriction disproportionnée au droit des internautes à recevoir et communiquer des informations et des idées.

10. Le 9 juin 2010, le tribunal d'instance pénal d'Ankara rejeta l'opposition formée par les requérants, considérant notamment que le blocage litigieux était conforme aux exigences de la législation. S'agissant de la question de la non-accessibilité des fichiers vidéo à partir de la Turquie, il indiquait que, si l'accès à ces fichiers à partir de la Turquie avait effectivement été bloqué par YouTube, les vidéos en question n'avaient pas pour autant été supprimées de la base de données du site et restaient dès lors accessibles aux utilisateurs d'Internet dans le monde. Il estimait en outre que, n'étant pas parties à la procédure d'enquête, les requérants n'avaient pas qualité pour contester de telles décisions. Enfin, le tribunal indiquait qu'une opposition formée contre la même décision de blocage avait déjà été rejetée le 4 juin 2008.

11. Le 2 juillet 2010, le tribunal correctionnel d'Ankara confirma la décision du 9 juin 2010 du tribunal d'instance pénal d'Ankara, considérant que celle-ci était conforme aux règles de procédure et qu'elle relevait du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

B. Décisions ultérieures

12. Le 17 juin 2010, le tribunal d'instance pénal d'Ankara adopta une décision additionnelle concernant YouTube, par laquelle il ordonnait le blocage de l'accès au site www.youtube.com et à quarante-quatre autres adresses IP appartenant au site litigieux.

13. Le 23 juin 2010, les deuxième et troisième requérants formèrent opposition à la décision additionnelle du 17 juin 2010.

14. Le 1^{er} juillet 2010, le tribunal d'instance pénal d'Ankara rejeta l'opposition formée par les deux requérants et par les représentants de YouTube et les représentants de l'association de la technologie d'Internet. S'agissant de la question de la non-accessibilité des fichiers vidéo à partir de la Turquie, il réitérait que, si l'accès à ces fichiers à partir de la Turquie avait effectivement été bloqué par YouTube, les vidéos en question n'avaient pas pour autant été supprimées de la base de données du site et restaient dès lors accessibles aux utilisateurs d'Internet dans le monde. Il indiquait en outre que, n'étant pas parties à l'affaire, les demandeurs n'avaient pas qualité pour contester de telles décisions. Il ajoutait que, dès lors que, selon lui, le site en question continuait à enfreindre la loi en restant actif, le blocage litigieux était conforme aux exigences de la législation. Il écartait enfin l'argument tiré de l'inconstitutionnalité alléguée de la disposition qui avait été appliquée en l'espèce.

15. Par le jugement du 2 juillet 2010 (paragraphe 11 ci-dessus), le tribunal correctionnel d'Ankara confirma également la décision du 1^{er} juillet 2010 du tribunal d'instance pénal d'Ankara.

C. Informations soumises par les parties

16. Le Gouvernement indique que, avant et après la décision de blocage de l'accès à YouTube, entre le 23 novembre 2007 et le 1^{er} juillet 2009, 1 785 plaintes ont été adressées à la Présidence de la télécommunication et de l'informatique («la PTI»). D'après lui, ces plaintes précisait que YouTube hébergeait des contenus qui auraient été illicites au regard de la loi n° 5651, en particulier des contenus qui auraient eu trait à des abus sexuels sur mineurs et d'autres qui auraient outragé la mémoire d'Atatürk.

17. Le Gouvernement indique également que, avant la décision du 5 mai 2008, les tribunaux internes avaient déjà adopté trente-quatre décisions de blocage de YouTube en raison de contenus illicites que ce site aurait hébergés. À la suite de ces décisions, la PTI aurait pris contact avec le représentant légal de YouTube en Turquie selon la procédure dite de « notification et retrait ». Toujours selon le Gouvernement, il ressort de la décision du 5 mai 2008 qu'il existait dix pages web sur lesquelles étaient diffusés des contenus diffamatoires à l'égard d'Atatürk. Le Gouvernement ajoute que l'accès à six pages avait été bloqué, mais que les quatre autres pages étaient restées accessibles à partir de la Turquie ou de l'étranger. Aussi, poursuit le Gouvernement, la PTI avait-elle notifié à YouTube sa décision tendant à la suppression de ces contenus. Or YouTube n'aurait pas cessé d'héberger les pages contestées et la PTI n'aurait eu d'autre solution que de bloquer l'accès à l'intégralité du site de YouTube, la Turquie n'ayant pas mis en place de système de filtrage des adresses web (URL).

18. Les requérants indiquent que, à la suite de la décision du 5 mai 2008, l'accès à YouTube a été bloqué en Turquie par la PTI jusqu'au 30 octobre 2010. Ils ajoutent que, à cette dernière date, le blocage de l'accès à YouTube a été levé par le parquet compétent, à la suite, selon les requérants, d'une demande émanant d'une société se déclarant titulaire des droits d'auteur attachés à ces vidéos. Toutefois, toujours selon les requérants, à partir du 1^{er} novembre 2010, YouTube a décidé de diffuser les fichiers vidéo en question, considérant que ceux-ci n'enfreignaient pas les droits des auteurs. Par ailleurs, les deuxième et troisième requérants soutiennent que leurs recherches ont permis de constater que, en janvier 2015, quatre fichiers vidéo (portant les numéros 1, 2, 7 et 8) sur les dix fichiers qui étaient l'objet de la décision du 5 mai 2008 étaient toujours accessibles *via* YouTube. À cet égard, ils précisent que, parmi ces fichiers, les enregistrements n°s 2 et 7 ne renfermaient aucun contenu susceptible d'être interprété comme un outrage à la mémoire d'Atatürk et qu'ils n'entraient donc pas dans le champ de l'article 8 de la loi n° 5651. En particulier, le fichier vidéo n° 2 aurait été d'une durée de quatorze secondes et aurait montré le drapeau turc en

flammes. Le fichier vidéo n° 7 aurait duré quarante-neuf secondes et aurait montré un ancien chef d'état-major turc. Seuls les fichiers n°s 1 et 8 auraient pu être vus comme outrageants, mais il n'aurait existé aucune procédure établissant le caractère illégal de leur contenu.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Droit de l'Internet

19. Pour un exposé du droit et de la pratique internes et internationales en vigueur à l'époque des faits, la Cour renvoie à son arrêt *Abmet Yıldırım c. Turquie* (n° 3111/10, §§ 15-37, CEDH 2012).

20. En ses parties pertinentes en l'espèce, la loi n° 5651 était ainsi libellée à l'époque des faits :

Article 8 – La décision de blocage de l'accès et son exécution

« 1) Il est prononcé un blocage de l'accès [*erişimin engellenmesi*] aux publications diffusées sur Internet pour lesquelles il existe des motifs suffisants de soupçonner que, par leur contenu, elles sont constitutives des infractions ci-dessous :

a) Infractions prévues par le code pénal (...)

- 1) incitation au suicide (article 84),
- 2) abus sexuels sur mineurs (article 103 § 1),
- 3) facilitation de l'usage de stupéfiants (article 190),
- 4) fourniture d'un produit dangereux pour la santé (article 194),
- 5) obscénité (article 226),
- 6) prostitution (article 227),
- 7) hébergement de jeux d'argent (article 228);

b) Infractions pour outrage à la mémoire d'Atatürk prévues par la loi n° 5816 du 25 juillet 1951.

(...)

2) Le blocage de l'accès est prononcé par le juge, si l'affaire se trouve au stade de l'instruction, ou par le tribunal, en cas de poursuites. Lors de l'instruction, le blocage de l'accès peut être ordonné par le procureur dans les cas où un retard serait préjudiciable. Il doit alors être soumis, dans les vingt-quatre heures suivantes, à l'approbation du juge. Celui-ci doit rendre sa décision dans un délai de vingt-quatre heures. S'il n'approuve pas le blocage, la mesure est levée immédiatement par le procureur. Il est possible de former opposition contre les décisions de blocage de l'accès prononcées à titre de mesure préventive, en vertu des dispositions du code de procédure pénale ([loi] n° 5271).

3) Une copie de la décision de blocage adoptée par un juge, par le tribunal ou par le procureur de la République est notifiée à la [PTI] pour exécution.

4) Lorsque le fournisseur du contenu ou le fournisseur d'hébergement se trouvent à l'étranger (...) la décision de blocage de l'accès est prononcée d'office par la [PTI]. Elle est alors portée à la connaissance du fournisseur d'accès, auquel il est demandé de l'exécuter.

5) Les décisions de blocage de l'accès sont exécutées immédiatement et au plus tard dans les vingt-quatre heures suivant leur notification.

(...)

7) Lorsqu'une enquête pénale aboutit à un non-lieu, la décision de blocage de l'accès devient automatiquement caduque (...)

8) Lorsqu'un procès aboutit à un acquittement, la décision de blocage de l'accès devient automatiquement caduque (...)

9) Lorsque le contenu illicite de la diffusion est supprimé, le blocage de l'accès est levé (...)

21. Le Gouvernement indique que deux modifications importantes à ses yeux ont été apportées récemment à la loi n° 5651. Il explique que les peines de prison prévues par cette loi ont été remplacées par des peines pécuniaires et que la protection effective des droits des personnes a été renforcée et la mesure de blocage limitée dans le temps.

22. Par ailleurs, la Cour constate que¹, par une loi n° 6639 adoptée le 27 mars 2015, un nouvel article 8A a été ajouté à la loi n° 5651. Cette nouvelle disposition habilite la PTI, à la suite d'une demande en ce sens du Premier ministre ou d'un ministère, à ordonner la suppression du contenu d'une page web et/ou le blocage de l'accès à un tel contenu. En outre, il est dit expressément pour la première fois que le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site Internet est autorisé. En effet, aux termes du paragraphe 3 de cette disposition :

«Les décisions de blocage d'accès adoptées dans le cadre de cette disposition visent à bloquer l'accès au contenu du chapitre ou de la partie de la publication (URL et autres) constitutive de l'infraction. Lorsqu'il est impossible techniquement de bloquer le contenu concerné ou lorsque le blocage de l'accès au contenu concerné ne met pas un terme à la violation, le blocage de l'accès à l'intégralité du site Internet peut être ordonné.»

23. Le Gouvernement précise que la technologie de filtrage d'URL pour les sites basés à l'étranger n'est pas disponible en Turquie et que la législation en la matière est fondée sur la procédure dite de « notification et retrait » (*notice and take down*), qui tendrait à éviter notamment les inconvénients

1. Rectifié le 29 mars 2016: le texte était le suivant: « Il indique en particulier que, »

d'un blocage de l'accès à l'ensemble du site. Il soutient que l'application de cette procédure a déjà permis d'éliminer des contenus préjudiciables. C'est ainsi que, à ce jour, 60 000 contenus illicites provenant de sites basés à l'étranger ont été supprimés. Afin de réaliser cet objectif, un centre d'information a été créé, qui recueille notamment les plaintes de citoyens relatives au contenu de fichiers diffusés sur Internet. Par ce biais, les citoyens ont adressé à ce centre de nombreuses plaintes relatives à des fichiers diffusés par YouTube.

B. La loi n° 5816

24. Les dispositions pertinentes de la loi n° 5816 du 25 juillet 1951 interdisant l'outrage à la mémoire d'Atatürk sont ainsi libellées :

Article 1

« Quiconque injurie ou insulte explicitement la mémoire d'Atatürk sera puni de un an à trois ans d'emprisonnement.

Quiconque casse, détruit, endommage ou salit les statues ou les gravures qui représentent Atatürk ou son tombeau sera puni de un an à cinq ans d'emprisonnement.

Quiconque incite à commettre les délits cités ci-dessus sera puni comme l'auteur principal. »

Article 2

« La peine sera aggravée de moitié si le délit énoncé à l'article [1] a été commis par deux personnes ou par une association de plus de deux personnes, ou explicitement ou par voie de presse ou en public. En cas de tentative de commission ou de commission avec violence des délits énoncés au deuxième alinéa de l'article 1, la peine sera doublée. »

C. Jurisprudence constitutionnelle

1. Arrêt « twitter.com »

25. À la suite de plusieurs décisions adoptées par les tribunaux turcs selon lesquelles le site <https://twitter.com> (site de microblogage permettant à un utilisateur d'envoyer gratuitement de brefs messages sur Internet par messagerie instantanée ou par SMS) hébergeait des contenus portant atteinte à la vie privée et à la réputation des plaignants, la PTI a ordonné en mars 2014 le blocage de l'accès à ce site. Par un jugement du 25 mars 2014, le tribunal administratif d'Ankara a suspendu l'exécution de la décision de la PTI.

Entre-temps, les 24 et 25 mars 2014, trois personnes, dont les deuxième et troisième requérants, avaient introduit un recours individuel devant la Cour constitutionnelle pour contester la décision de blocage.

Par un arrêt du 2 avril 2014 (2014/3986), la Cour constitutionnelle a jugé que la décision de blocage de l'accès à <https://twitter.com> prise par la PTI portait atteinte au droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées. Dans son arrêt, elle indiquait notamment que le fait de retarder la diffusion des partages d'informations ou d'opinions dans ce média, fût-ce pour une courte durée, risquait de priver celui-ci de toute valeur d'actualité et de tout intérêt et que, par conséquent, les requérants, usagers actifs de ce site, avaient un intérêt à ce que ce blocage fût levé rapidement. Déclarant se référer à l'arrêt de la Cour européenne *Ahmet Yıldırım* (précité), elle a en outre jugé que la mesure litigieuse n'avait pas de base légale.

2. Arrêt « YouTube »

26. Le 27 mars 2014, la PTI a pris la décision de bloquer l'accès à YouTube, notamment à la suite d'un jugement adopté par le tribunal d'instance pénal de Gölbaşı. Par un jugement du 2 mai 2014, le tribunal administratif d'Ankara a suspendu l'exécution de la décision de la PTI. À la suite de la non-exécution de ce jugement, la société YouTube, les deuxième et troisième requérants et six autres personnes ont introduit un recours individuel devant la Cour constitutionnelle. Par un arrêt du 29 mai 2014, cette dernière a annulé la décision de blocage. Dans son arrêt, avant de s'exprimer sur le fond de l'affaire, elle s'est prononcée sur la qualité de victime des demandeurs. Elle a déclaré ce qui suit :

« 27. (...) Il ressort du dossier que (...) Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak et M.F. enseignaient dans différentes universités. Ces demandeurs ont expliqué qu'ils menaient des travaux dans le domaine des droits de l'homme et qu'ils partageaient ces travaux par l'intermédiaire de leurs comptes YouTube. Ils ont également précisé que, *via* ce site, ils avaient également accès aux matériaux écrits et visuels des Nations unies et du Conseil de l'Europe (...) Quant au demandeur E.E., il a expliqué qu'il disposait d'un compte [YouTube], qu'il suivait régulièrement des personnes qui partageaient des fichiers ainsi que les activités d'organisations non gouvernementales et d'organismes professionnels, qu'il rédigeait également des critiques sur ces partages (...)

28. Compte tenu de ces explications, l'on peut conclure que les demandeurs ont été des victimes directes de la décision administrative de blocage général du site www.youtube.com (...)

Quant au fond de l'affaire, disant se référer à l'arrêt *Ahmet Yıldırım* (précité), la Cour constitutionnelle a jugé que la mesure litigieuse n'avait pas de base légale, notamment au regard de la loi n° 5651, qui n'autorisait pas, d'après elle, le blocage général d'un site Internet. Elle s'est exprimée comme suit :

« 52. Dans les démocraties modernes, Internet a acquis une importance considérable dans l'exercice des droits et libertés fondamentaux, en particulier dans celui de

la liberté d'expression. Les médias sociaux sont des plateformes transparentes (...) qui offrent aux individus la possibilité de participer à la constitution des contenus de ces médias, à leur diffusion et à leur interprétation. Ces plateformes de médias sociaux sont donc des outils indispensables à l'exercice du droit à la liberté d'exprimer, de partager et de diffuser des informations et des idées. Dès lors, l'État et ses organes administratifs doivent faire preuve d'une grande sensibilité non seulement lorsqu'ils réglementent ce domaine mais aussi dans leur pratique, puisque ces plateformes sont devenues l'un des moyens les plus efficaces et les plus répandus tant pour communiquer des idées que pour recevoir des informations.»

D. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies

27. Dans son observation générale n° 34 sur l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adoptée au cours de sa 102^e session (11-29 juillet 2011), le Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré ceci :

«43. Toute restriction imposée au fonctionnement des sites web, des blogs et de tout autre système de diffusion de l'information par le biais d'Internet, de moyens électroniques ou autres, y compris les systèmes d'appui connexes à ces moyens de communication, comme les fournisseurs d'accès à Internet ou les moteurs de recherche, n'est licite que dans la mesure où elle est compatible avec le paragraphe 3 [de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui régit les limitations qui pourraient être apportées à l'exercice du droit à la liberté d'expression]. Les restrictions licites devraient d'une manière générale viser un contenu spécifique; les interdictions générales de fonctionnement frappant certains sites et systèmes ne sont pas compatibles avec le paragraphe 3. Interdire à un site ou à un système de diffusion de l'information de publier un contenu uniquement au motif qu'il peut être critique à l'égard du gouvernement ou du système politique et social épousé par le gouvernement est tout aussi incompatible avec le paragraphe 3.»

EN DROIT

I. SUR LA JONCTION DES REQUÊTES

28. La Cour décide, en application de l'article 42 § 1 de son règlement, de joindre les requêtes eu égard à leur similitude quant aux faits et aux questions juridiques qu'elles posent, et de les examiner conjointement dans un seul arrêt.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 10 DE LA CONVENTION

29. Les requérants dénoncent la mesure adoptée par les tribunaux internes, qui les aurait empêchés d'accéder à YouTube. Ils voient dans cette mesure une atteinte à leur droit à la liberté de recevoir et de communiquer

des informations et des idées garanti par l'article 10 de la Convention. Dans ses parties pertinentes en l'espèce, cette disposition est ainsi libellée :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...) »

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la 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. »

30. Le Gouvernement combat la thèse des requérants.

A. Sur la recevabilité

31. Le Gouvernement estime que le grief des requérants est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. Renvoyant notamment aux décisions *Tanrikulu et autres c. Turquie* ((déc.), n^{os} 40150/98 et 2 autres, 6 novembre 2001) et *Akdeniz c. Turquie* ((déc.), n^o 20877/10, 11 mars 2014), il soutient que les requérants ne peuvent passer pour avoir été directement touchés par les faits prétendument constitutifs de l'ingérence.

32. Le Gouvernement indique également que les requérants ont introduit leurs requêtes devant la Cour deux ans après la décision ayant ordonné le blocage de l'accès à YouTube. Il est d'avis que, s'ils s'estimaient victimes de ces mesures, ils n'auraient pas dû attendre aussi longtemps pour contester la mesure en question.

33. Les requérants contestent cette thèse.

34. La Cour estime que l'exception préliminaire tirée par le Gouvernement de l'absence de qualité de victime des requérants soulève des questions étroitement liées à l'examen de l'existence d'une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées, et donc au bien-fondé du grief tiré de l'article 10 de la Convention. En conséquence, elle décide de joindre cette exception au fond (voir, dans le même sens, *Dink c. Turquie*, n^{os} 2668/07 et 4 autres, § 100, 14 septembre 2010, et *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, n^o 27520/07, § 51, 25 octobre 2011).

35. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

36. Les trois requérants soutiennent que le blocage de YouTube a constitué une atteinte à leur droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées. Disant se référer à l'arrêt *Abmet Yıldırım c. Turquie* (n° 3111/10, CEDH 2012) ainsi qu'à deux arrêts de la Cour constitutionnelle (paragraphe 25-26 ci-dessus), ils affirment également que la loi n° 5651 du 4 mai 2007 relative à la régularisation des publications sur Internet et à la lutte contre les infractions commises sur Internet (« la loi n° 5651 ») n'autorisait pas le blocage général de l'accès à un site Internet. Par conséquent, à leurs yeux, l'ingérence dont il s'agirait ne peut passer pour être « prévue par la loi ». En outre, les intéressés estiment que la conséquence pour eux de ce blocage, à savoir l'impossibilité d'accéder à de nombreuses vidéos diffusées sur YouTube alors que celles-ci n'auraient aucun lien avec le contenu illégal à l'origine de la mesure de blocage de YouTube, était disproportionnée aux objectifs poursuivis. Ils considèrent en outre que la procédure ayant abouti au blocage de YouTube ne peut être considérée comme équitable et impartiale.

37. Le premier requérant soutient notamment qu'il est enseignant à la faculté de droit, expert et juriste dans le domaine de la liberté d'expression. Il explique que les organisations internationales publient de nombreux matériaux visuels *via* YouTube et qu'il utilise ces matériaux régulièrement dans le cadre de ses activités. Par ailleurs, il indique que, en tant qu'utilisateur actif disposant d'un compte YouTube, il peut accéder *via* YouTube à de nombreuses sources d'information publiant des matériaux divers, comme des documentations, des analyses ou des œuvres de divertissement. Il conclut que, en raison du blocage général de ce site, il n'a pu, pendant plus de trois ans, accéder au compte YouTube.

38. Quant aux deuxième et troisième requérants, mettant l'accent sur l'importance d'Internet qui serait devenu pour les individus l'un des principaux moyens d'exercer leur droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées, ils soutiennent qu'ils ont été directement touchés par la mesure litigieuse. À cet égard, ils expliquent que YouTube diffuse non seulement des œuvres artistiques et musicales, mais constitue également une plateforme de grande envergure et très populaire pour le discours politique et les activités politiques et sociales. En particulier, des informations politiques ignorées par les médias traditionnels ou interdites par des gouvernements répressifs auraient souvent été divulguées *via* YouTube,

ce qui aurait donné naissance à un « journalisme citoyen » d'une ampleur inattendue. Dans cette optique, cette plateforme serait unique compte tenu de ses caractéristiques, de son niveau d'accessibilité et surtout de son impact potentiel, et il n'existerait aucun équivalent susceptible de la remplacer.

39. En outre, les requérants exposent que la présente espèce diffère de l'affaire *Akdeniz* (décision précitée), qui concernait selon eux le blocage de sites diffusant des œuvres musicales au motif que ces sites n'auraient pas respecté la législation sur les droits d'auteur. Ils allèguent ensuite que la Cour a affirmé que l'ampleur de la marge d'appréciation accordée aux États contractants devait être relativisée lorsqu'était en jeu non pas l'expression strictement « commerciale » de tel ou tel individu, mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général (voir, *mutatis mutandis*, *Ashby Donald et autres c. France*, n° 36769/08, § 39, 10 janvier 2013). Les requérants soutiennent en outre que, comme il en aurait été question dans l'arrêt *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède* (n° 23883/06, § 44, 16 décembre 2008), le droit en jeu revêtait une importance particulière pour eux.

40. Plus précisément, le deuxième requérant explique que, en tant que professeur de droit à la faculté de droit et spécialiste en matière de liberté d'expression, il télécharge *via* YouTube de nombreuses interventions politiques concernant le droit d'Internet. Quant au troisième requérant, il indique qu'il est également professeur de droit et directeur du centre des droits de l'homme de l'université d'Ankara et qu'il accède également à de nombreux fichiers vidéo *via* YouTube. En outre, plusieurs conférences organisées par ce centre seraient diffusées par l'intermédiaire de ce site. À cela s'ajouteraient des téléchargements par des tiers de fichiers contenant des discours ou des enregistrements diffusés par le centre ou par lui-même. Les deux requérants expliquent que, en somme, ils utilisent YouTube non seulement pour recevoir des informations sur des sujets universitaires ou autres touchant à l'intérêt général, mais également pour communiquer des informations *via* leurs comptes YouTube. Seraient par conséquent à la fois en jeu la liberté de recevoir des informations et celle d'en communiquer.

41. Par ailleurs, les deuxième et troisième requérants contestent la manière dont les tribunaux internes ont ordonné le blocage de l'accès à YouTube et soutiennent qu'il s'agissait d'une procédure dénuée de toute garantie qu'une mesure de blocage visant un site précis ne soit pas utilisée comme moyen de blocage général. À cet égard, ils soutiennent que, dans la pratique, la mesure de blocage de l'accès à un site Internet n'est pas envisagée uniquement en dernier recours, dès lors que l'accès à plus de 60 000 sites web aurait déjà été bloqué, dont 21 000 en 2014. Ils ajoutent que, au cours de cette même année, le blocage de l'accès à <https://twitter.com> et à www.youtube.com a été ordonné de manière illégale sans qu'aucune autre

mesure moins lourde n'eût été envisagée. Ils indiquent que, dans ces deux cas, la Cour constitutionnelle a jugé les décisions de blocage contraires à l'article 26 de la Constitution, qui garantit le droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées, après les avoir considérées comme une atteinte grave à l'exercice de ce droit.

b) Le Gouvernement

42. Le Gouvernement conteste les arguments des requérants. Il réitère sa thèse selon laquelle leur grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. À ses yeux, les intéressés ne peuvent passer pour avoir été directement touchés par les faits prétendument constitutifs de l'ingérence. En tout état de cause, pour le Gouvernement, ils n'ont pas étayé leur allégation de violation de l'article 10 de la Convention.

43. Si toutefois la Cour considérait qu'il y a eu ingérence au sens de l'article 10 de la Convention, le Gouvernement soutient que pareille ingérence était prévue par la loi et qu'elle visait les objectifs légitimes énumérés au paragraphe 2 de cet article. Quant à la question de savoir si la mesure considérée était « nécessaire » au sens de l'article 10, le Gouvernement estime qu'un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts contradictoires en présence. De plus, la procédure aurait été équitable à tous les niveaux, les deux instances concernées ayant rendu des décisions selon lui motivées de façon complète et détaillée. Ainsi, compte tenu également de la marge d'appréciation reconnue aux autorités, l'ingérence alléguée aurait été proportionnée au but légitime poursuivi et « nécessaire dans une société démocratique ».

44. Le Gouvernement indique plus particulièrement que les acteurs de l'Internet mentionnés à l'article 2 de la loi n° 5651 ont été définis en harmonie avec les normes de l'Union européenne et que les obligations de ces acteurs et les sanctions qui leur seraient applicables sont explicitement réglementées par la loi. En répondant à la nécessité d'adopter ces textes juridiques, la Turquie aurait réalisé des progrès significatifs dans la fixation par la loi des limites du droit et des libertés fondamentales conformément aux normes nationales et internationales. À cet égard, le blocage de l'accès à un site web aurait été envisagé non pas en premier mais en dernier recours dans le cadre de la lutte contre la diffusion de contenus préjudiciables.

45. Le Gouvernement indique ensuite que la loi n° 5651 énumère les types d'infractions qui peuvent donner lieu à une décision de blocage d'accès selon la procédure dite de « notification et retrait ». Cette procédure tendrait notamment à éviter les inconvénients d'un blocage général de l'accès à un site. Par ailleurs, les sites aux contenus préjudiciables basés dans le pays ou à l'étranger auraient été éliminés par l'application de cette procédure.

46. Le Gouvernement indique enfin que, récemment, d'importantes modifications ont été apportées à la loi n° 5651. Il précise cependant que la technologie de filtrage d'URL pour les sites basés à l'étranger n'est pas disponible en Turquie.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Sur l'existence d'une ingérence**

47. La Cour note que, par une décision adoptée le 5 mai 2008, le tribunal d'instance pénal d'Ankara a ordonné, en vertu de l'article 8 §§ 1 b), 2, 3 et 9 de la loi n° 5651, le blocage de l'accès à YouTube au motif que le contenu de dix fichiers vidéo disponibles sur ce site avait violé la loi n° 5816 interdisant l'outrage à la mémoire d'Atatürk. Le premier requérant a formé opposition à cette décision et demandé la levée de cette mesure le 21 mai 2010, puis les deuxième et troisième requérants ont fait de même le 31 mai 2010. Dans leurs recours, ils ont invoqué la protection de leur droit à la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées.

48. Le 9 juin 2010, indiquant que les requérants n'étaient pas parties à l'affaire et qu'ils n'avaient par conséquent pas qualité pour contester de telles décisions, le tribunal d'instance pénal d'Ankara a rejeté leur opposition. Pour ce faire, il a notamment considéré que le blocage litigieux était conforme aux exigences de la législation pertinente en la matière. Par ailleurs, il a adopté une décision additionnelle le 17 juin 2010. Les tentatives que les deux requérants ont entreprises pour contester cette décision sont restées vaines.

49. La Cour rappelle d'emblée que la Convention ne permet pas l'*actio popularis* mais exige, pour l'exercice du droit de recours individuel, que le requérant se prétende de manière plausible lui-même victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention résultant d'un acte ou d'une omission imputable à l'État contractant. Dans l'affaire *Tanrikulu et autres* (décision précitée), elle n'a pas reconnu la qualité de victime à des lecteurs d'un quotidien visé par une mesure d'interdiction de distribution. De même, dans l'affaire *Akdeniz* (décision précitée, § 24), elle a considéré que le seul fait que M. Akdeniz – tout comme les autres utilisateurs en Turquie de deux sites consacrés à la diffusion de musique – subisse les effets indirects d'une mesure de blocage ne pouvait suffire pour qu'il se voie reconnaître la qualité de « victime » au sens de l'article 34 de la Convention. Eu égard à ces considérations, la réponse à la question de savoir si un requérant peut se prétendre victime d'une mesure de blocage de l'accès à un site Internet dépend donc d'une appréciation des circonstances de chaque affaire, en particulier de la manière dont l'intéressé utilise le site Internet et de l'ampleur

des conséquences éventuelles de pareille mesure pour lui. Entre également en ligne de compte le fait que l'Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées: on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public (*Ahmet Yildirim*, précité, § 54).

50. En l'espèce, la Cour relève que les requérants ont déposé leurs requêtes devant elle en qualité d'utilisateurs actifs de YouTube, en y soulignant notamment les répercussions du blocage litigieux sur leur travail universitaire, ainsi que les caractéristiques importantes du site en question. Ils affirment en particulier que, par le biais de leurs comptes YouTube, ils utilisent cette plateforme non seulement pour accéder à des vidéos relatives à leur domaine professionnel mais aussi, de manière active, pour télécharger et partager de tels fichiers. Par ailleurs, les deuxième et troisième requérants précisent qu'ils ont publié des enregistrements sur leurs activités universitaires. À cet égard, l'affaire se rapproche du cas de M. Yildirim, qui déclarait publier ses travaux universitaires et ses points de vue dans différents domaines *via* son site web (*ibidem*, § 51) et non de celui de M. Akdeniz (*Akdeniz*, décision précitée), qui avait agi en tant que simple usager des sites web.

51. La présente affaire se distingue également sur un autre point de l'affaire *Akdeniz*, où la Cour a tenu compte notamment du fait que le requérant pouvait accéder sans difficulté à tout un éventail d'œuvres musicales par de multiples moyens sans que cela n'entraîne une infraction aux règles régissant les droits d'auteur (*ibidem*, § 25). Or YouTube diffuse non seulement des œuvres artistiques et musicales, mais constitue également une plateforme très populaire pour le discours politique et les activités politiques et sociales. Les fichiers diffusés par YouTube comportaient entre autres des informations qui pouvaient présenter un intérêt particulier pour tout un chacun (voir, *mutatis mutandis*, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*, précité, § 44). Ainsi, la mesure litigieuse rend inaccessible un site comprenant des informations spécifiques pour les requérants alors que celles-ci ne sont pas facilement accessibles par d'autres moyens. Ce site constitue également une source importante de communication pour les intéressés.

52. Par ailleurs, en ce qui concerne l'importance des sites Internet dans l'exercice de la liberté d'expression, la Cour rappelle que, « [g]râce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information » (*Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n^{os} 1 et 2), n^{os} 3002/03 et 23676/03, § 27, CEDH 2009). La possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent

d'exercice de la liberté d'expression (*Delfi AS c. Estonie* [GC], n° 64569/09, § 110, CEDH 2015). À cet égard, la Cour observe que YouTube est un site web d'hébergement de vidéos sur lequel les utilisateurs peuvent envoyer, regarder et partager des vidéos et qu'il constitue à n'en pas douter un moyen important d'exercice de la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées. En particulier, comme les requérants l'ont noté à juste titre, les informations politiques ignorées par les médias traditionnels sont souvent divulguées par le biais de YouTube, ce qui a permis l'émergence d'un journalisme citoyen. Dans cette optique, la Cour admet que cette plateforme est unique de par ses caractéristiques, son niveau d'accessibilité et surtout son impact potentiel, et qu'il n'existait aucun équivalent pour les requérants.

53. De surcroît, la Cour observe que, après l'introduction des requêtes en cause, la Cour constitutionnelle s'est penchée sur la qualité de victime d'usagers actifs de sites Internet tels que <https://twitter.com> et www.youtube.com. En particulier, dans le cadre de l'affaire concernant la décision administrative de blocage de l'accès à YouTube, elle a reconnu la qualité de victime à des usagers actifs de YouTube, dont les deuxième et troisième requérants. Pour parvenir à cette conclusion, elle a tenu compte essentiellement du fait que les demandeurs, titulaires d'un compte YouTube, utilisaient activement ce site. S'agissant de ces deux requérants, elle a également pris en considération le fait qu'ils enseignaient dans différentes universités, qu'ils menaient des travaux dans le domaine des droits de l'homme, qu'ils accédaient à différents matériaux visuels diffusés par le site en question et qu'ils partageaient leurs travaux par l'intermédiaire de leurs comptes YouTube (paragraphe 25-26 ci-dessus).

La Cour partage les conclusions de la Cour constitutionnelle sur la qualité de victime de ces requérants. Par ailleurs, elle constate que la situation du premier requérant, également usager actif de YouTube, n'est pas différente de celle des deux autres requérants.

54. En somme, la Cour observe que les requérants se plaignent pour l'essentiel de l'effet collatéral de la mesure prise contre YouTube dans le cadre de la loi sur Internet. Les intéressés affirment que, en raison des caractéristiques de YouTube, la mesure de blocage les a privés d'un moyen important d'exercer leur droit à la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées.

55. À la lumière de ce qui précède et eu égard à la nécessité d'appliquer de manière flexible les critères de reconnaissance de la qualité de victime, la Cour admet que, dans les circonstances particulières de l'affaire, les requérants, bien que n'étant pas directement visés par la décision de blocage de l'accès à YouTube, peuvent légitimement prétendre que la mesure en ques-

tion a affecté leur droit de recevoir et de communiquer des informations ou des idées. Dès lors, elle rejette l'exception préliminaire du Gouvernement concernant la qualité de victime.

56. Par ailleurs, la Cour rappelle que l'article 10 de la Convention garantit la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées à « toute personne » et qu'il ne fait pas de distinction d'après la nature du but recherché ni d'après le rôle que les personnes, physiques ou morales, jouent dans l'exercice de cette liberté. L'article 10 concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de diffusion de ces informations, car toute restriction apportée à ceux-ci touche le droit de recevoir et de communiquer des informations. De même, la Cour réaffirme que l'article 10 garantit non seulement le droit de communiquer des informations mais aussi celui, pour le public, d'en recevoir (*Ahmet Yıldırım*, précité, § 50).

57. En l'espèce, il ressort des éléments du dossier que, en conséquence d'une mesure ordonnée par le tribunal d'instance le 5 mai 2008, les requérants se sont trouvés, pendant une longue période, dans l'impossibilité d'accéder à YouTube. En qualité d'utilisateurs actifs de YouTube, ils peuvent donc légitimement prétendre que la mesure en question a affecté leur droit de recevoir et de communiquer des informations ou des idées. La Cour considère que, quelle qu'en ait été la base légale, pareille mesure avait vocation à influencer sur l'accessibilité à Internet et que, dès lors, elle engageait la responsabilité de l'État défendeur au titre de l'article 10 (*ibidem*, § 53). Partant, la mesure en question s'analyse en une « ingérence d'autorités publiques » dans l'exercice des droits garantis par l'article 10.

58. La Cour rappelle que pareille ingérence enfreint l'article 10 si elle n'est pas « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes cités à l'article 10 § 2 et « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ce ou ces buts. C'est ce qu'elle va s'employer à vérifier ci-dessous.

b) Sur le caractère justifié de l'ingérence

59. La Cour rappelle d'abord que les mots « prévue par la loi » contenus au paragraphe 2 de l'article 10 non seulement imposent que la mesure incriminée ait une base légale en droit interne, mais aussi visent la qualité de la loi en cause : celle-ci doit être accessible aux justiciables, prévisible dans ses effets et compatible avec la prééminence du droit (voir, parmi beaucoup d'autres, *Dink*, précité, § 114). Selon sa jurisprudence constante, une norme est « prévisible » lorsqu'elle est rédigée avec assez de précision pour permettre à toute personne s'entourant au besoin de conseils éclairés de régler sa conduite (voir, parmi beaucoup d'autres, *RTBF c. Belgique*, n° 50084/06, § 103, CEDH 2011, et *Altuğ Taner Akçam*, précité, § 87).

60. En l'espèce, la Cour observe que le blocage de l'accès au site concerné par la procédure judiciaire avait une base légale, à savoir l'article 8 § 1 de la loi n° 5651. À la question de savoir si cette disposition répondait également aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité, les requérants estiment qu'il faut répondre par la négative, cette disposition étant selon eux trop incertaine.

61. La Cour rappelle que, dans l'arrêt *Abmet Yıldırım* (précité, §§ 61-62), elle a examiné la question de savoir si l'ingérence était « prévue par la loi » et y a répondu par la négative. Elle a notamment considéré que la loi n° 5651 n'autorisait pas le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site Internet à cause du contenu de l'une des pages web qu'il hébergeait. En effet, en vertu de l'article 8 § 1 de cette loi, seul le blocage de l'accès à une publication précise pouvait être ordonné, s'il existait des motifs suffisants de soupçonner que, par son contenu, une telle publication était constitutive des infractions mentionnées dans la loi. Par ailleurs, cette conclusion de la Cour a été suivie par la Cour constitutionnelle dans ses deux décisions adoptées après le prononcé de l'arrêt *Abmet Yıldırım* (paragraphe 25-26 ci-dessus).

62. À cet égard, la Cour a notamment souligné que de telles restrictions préalables n'étaient pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention mais qu'elles devaient s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus (*ibidem*, § 64). Un contrôle de telles mesures opéré par le juge, fondé sur une mise en balance des intérêts en conflit et visant à ménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques quant à l'application des restrictions préventives à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations et des idées.

63. Or il convient d'observer en l'espèce que, lorsque le tribunal d'instance pénal d'Ankara a décidé de bloquer totalement l'accès à YouTube, aucune disposition législative ne conférait un tel pouvoir à ce tribunal.

64. En effet, comme il ressort des observations du Gouvernement et de la pratique des autorités turques, la technologie de filtrage d'URL pour les sites basés à l'étranger n'est pas disponible en Turquie. Dès lors, dans la pratique, pour exécuter les décisions judiciaires concernant un contenu en particulier, un organe administratif, à savoir la PTI, a décidé de bloquer tout accès à l'intégralité du site en question. Or – la Cour l'a déjà dit dans son arrêt *Abmet Yıldırım* (précité, § 66) – les autorités auraient dû notamment tenir compte du fait que pareille mesure, qui rendait inaccessible une grande quantité d'informations, ne pouvait qu'affecter considérablement les droits des internautes et avoir un effet collatéral important.

65. À la lumière de ces considérations et de l'examen de la législation en cause telle qu'elle a été appliquée en l'espèce, la Cour conclut que l'ingérence à laquelle l'article 8 de la loi n° 5651 a donné lieu ne répondait pas à la condition de légalité voulue par la Convention et que cette dernière disposition n'a pas permis aux requérants de jouir du degré suffisant de protection exigé par la prééminence du droit dans une société démocratique. Par ailleurs, la disposition en cause semble heurter le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, en vertu duquel les droits reconnus dans cet article valent « sans considération de frontière » (*ibidem*, § 67).

66. Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

67. Eu égard à cette conclusion, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu en l'espèce de contrôler le respect des autres exigences du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention.

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

68. Invoquant l'article 6 de la Convention, M. Cengiz se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un recours effectif aux fins du contrôle de la mesure litigieuse par un tribunal et de la sanction d'un éventuel abus des autorités.

69. Eu égard au constat de violation auquel elle est parvenue sur le terrain de l'article 10 de la Convention (paragraphe 66 ci-dessus), la Cour estime avoir examiné les principales questions juridiques posées par la présente affaire. Au vu de l'ensemble des faits de la cause, elle considère qu'il n'y a lieu de statuer séparément ni sur la recevabilité ni sur le bien-fondé du grief tiré de l'article 6 de la Convention (voir, dans le même sens, *Ahmet Yıldırım*, précité, § 72).

IV. SUR L'APPLICATION DES ARTICLES 41 ET 46 DE LA CONVENTION

70. Dans leur formulaire de requête, MM. Akdeniz et Altıparmak réclament chacun 1 000 euros pour préjudice moral et le même montant pour frais et dépens. Quant à M. Cengiz, il n'a présenté aucune demande à ces titres, considérant que le constat d'une violation représenterait en soi une satisfaction équitable.

En outre, au titre de l'article 46 de la Convention, les requérants demandent à la Cour d'indiquer au gouvernement défendeur les mesures générales qui pourraient être prises pour qu'il soit mis un terme à la situation dénoncée.

71. Le Gouvernement se dit opposé à l'octroi d'une quelconque somme aux requérants. À titre subsidiaire, il est d'avis que le constat d'une violation représenterait en soi une satisfaction équitable.

72. La Cour note que MM. Akdeniz et Altıparmak ont présenté leurs demandes au titre de la satisfaction équitable uniquement dans le formulaire de requête. Ils n'ont donc pas respecté l'article 60 §§ 2 et 3 de son règlement ni le paragraphe 5 de l'Instruction pratique relative à la présentation des demandes de satisfaction équitable, qui prévoit que la Cour «écarter les demandes présentées dans les formulaires de requête mais non réitérées au stade approprié de la procédure». Les demandes de satisfaction équitable doivent donc être rejetées (voir, parmi d'autres, *Andelković c. Serbie*, n° 1401/08, § 33, 9 avril 2013).

73. À la lumière de ce qui précède et compte tenu de la position de M. Cengiz au regard de l'article 41 de la Convention, la Cour estime que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par l'intéressé.

74. S'agissant de la demande des requérants au titre de l'article 46 de la Convention, la Cour rappelle qu'elle a conclu à la violation de la Convention à raison notamment du fait que la mesure de blocage de l'accès à YouTube ordonnée par les tribunaux internes n'avait pas de base légale et que la législation, telle qu'elle était en vigueur à l'époque des faits, n'avait pas permis aux requérants de jouir du degré suffisant de protection qu'exige la prééminence du droit dans une société démocratique (paragraphe 65 ci-dessus). Cette conclusion implique que la violation du droit des requérants avait pour origine un problème structurel.

75. La Cour observe que, après l'introduction de la présente affaire, la loi n° 5651 a été modifiée. En vertu de l'article 8 A 3), le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site Internet peut désormais être ordonné si les conditions énumérées dans cette disposition sont réunies (paragraphe 22 ci-dessus). Elle estime à cet égard utile de préciser que ces amendements² ont été introduits après que le tribunal a ordonné le blocage de l'accès à YouTube sans aucune base légale. À ce sujet, la Cour rappelle qu'elle n'a point pour tâche de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité avec la Convention du régime juridique du blocage de l'accès à des sites Internet tel qu'il existait en Turquie au moment des faits ou tel qu'il existe actuellement. Elle doit en revanche apprécier *in concreto* l'incidence de l'application des dispositions en question sur le droit des requérants à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention. Elle doit donc rechercher si l'application des dispositions en cause a donné lieu à une violation de l'article 10 dans le chef des requérants (*Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 60, CEDH 1999-II). À la lumière de ce qui précède, elle ne juge pas nécessaire, dans

2. Rectifié le 29 mars 2016 : le texte était le suivant : « même si les parties ont amplement commenté ces amendements dans leurs observations, »

les circonstances de l'espèce, de se prononcer sur la demande des requérants tendant au prononcé d'une injonction au titre de l'article 46 de la Convention.

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

1. *Décide* de joindre les requêtes ;
2. *Déclare* le grief tiré de l'article 10 de la Convention recevable ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;
4. *Dit* qu'il n'y a lieu de statuer séparément ni sur la recevabilité ni sur le bien-fondé du grief tiré de l'article 6 de la Convention ;
5. *Dit* que le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par M. Cengiz ;
6. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 1^{er} décembre 2015, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Stanley Naismith
Greffier

Paul Lemmens
Président

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

P.L.
S.H.N.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE LEMMENS

1. J'ai voté avec la majorité en faveur d'une violation de l'article 10 de la Convention. J'aurais toutefois préféré que cette conclusion fût fondée sur un raisonnement différent.

Base légale de la mesure de blocage

2. Après avoir constaté que le blocage de l'accès à YouTube constituait une ingérence dans l'exercice du droit des requérants à recevoir et à communiquer des informations et des idées, constat auquel je souscris sans réserve, la majorité a conclu que cette ingérence n'était pas « prévue par la loi », au sens de l'article 10 § 2 de la Convention.

J'éprouve néanmoins quelque difficulté à comprendre quel est, pour la majorité, le motif exact ayant mené à cette conclusion. N'y avait-il pas de base légale du tout? Ou la mesure ordonnée a-t-elle dépassé les limites de la base légale (paragraphe 61 et 63 de l'arrêt)? Ou la disposition légale sur laquelle la mesure se fondait n'était-elle pas suffisamment précise (voir l'argument des requérants, rappelé au paragraphe 60 de l'arrêt)? Ou cette base légale donnait-elle un pouvoir trop étendu à l'autorité compétente (paragraphe 62 et 65 de l'arrêt)?

3. Pour ma part, j'estime qu'il y avait bien une base légale permettant de bloquer l'accès à des sites Internet, à savoir l'article 8 §§ 1 b) et 2 de la loi n° 5651 du 4 mai 2007 relative à la régularisation des publications sur Internet et à la lutte contre les infractions commises sur Internet (« la loi n° 5651 »). Selon cette disposition, le blocage de l'accès aux publications diffusées sur Internet pouvait être ordonné par un juge. Cette disposition a servi de fondement à la mesure ordonnée en l'espèce par le tribunal d'instance pénal d'Ankara, et constituait donc la base de la mesure litigieuse en droit interne¹.

Quant à la question de savoir si la mesure en cause était compatible avec la disposition légale précitée, il convient de rappeler que c'est au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir, parmi beaucoup

1. On ne se trouve pas en l'espèce devant une situation similaire à celle des affaires qui ont donné lieu aux arrêts de la Cour constitutionnelle du 2 avril 2014 et du 29 mai 2014 (paragraphe 25-26 de l'arrêt), dans laquelle la Présidence de la télécommunication et de l'informatique (« la PTI ») avait bloqué l'accès à l'intégralité d'un site sans qu'une mesure d'une telle ampleur eût été ordonnée par un juge. Par ailleurs, dans l'arrêt *Abmet Yıldırım c. Turquie* (n° 3111/10, CEDH 2012), le tribunal avait ordonné de bloquer totalement l'accès à Google Sites à la suite d'une demande de la PTI. En l'espèce, c'est le tribunal lui-même qui, de sa propre initiative, a ordonné le blocage de l'accès à l'intégralité du site YouTube, et la PTI n'a fait qu'exécuter cette décision.

d'autres, *Delfi AS c. Estonie* [GC], n° 64569/09, § 127, CEDH 2015, et *Pentikäinen c. Finlande* [GC], n° 11882/10, § 85, CEDH 2015). Or il résulte maintenant clairement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 29 mai 2014 que la disposition précitée n'autorisait pas le blocage de l'accès à l'intégralité d'un site, mais seulement le blocage de l'accès à des contenus déterminés d'un site (article 8 § 1, phrase introductive, de la loi). Il s'ensuit que l'ingérence en cause ne pouvait pas valablement être fondée sur la disposition qui était censée en former la base légale. J'estime que c'est pour cette raison qu'il aurait fallu conclure que la mesure n'était pas prévue par la loi.

Cette conclusion aurait, à mon avis, dispensé la Cour d'examiner encore la prévisibilité de la loi ou la protection que celle-ci offrait contre des atteintes arbitraires à la liberté d'expression.

Finalité et nécessité de la mesure de blocage

4. Après avoir conclu que l'ingérence litigieuse ne répondait pas à la condition de légalité posée par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, la majorité a estimé qu'il n'était pas nécessaire de contrôler le respect des autres exigences de ce paragraphe (paragraphe 67 de l'arrêt).

En principe, une telle approche se justifie. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, je pense qu'il s'agit d'une occasion manquée.

En effet, la disposition légale sur laquelle la Cour s'est prononcée, à savoir l'article 8 de la loi n° 5651, a entre-temps été complétée par une disposition, l'article 8A, qui prévoit désormais expressément que l'accès à l'intégralité d'un site Internet peut être bloqué (paragraphe 22 de l'arrêt). Le présent arrêt porte donc sur une situation qui, pour autant qu'elle concerne la base légale de la mesure incriminée, appartient largement au passé. Dans ces circonstances, il aurait été souhaitable, à mon avis, d'examiner si, indépendamment du fait que l'ingérence litigieuse n'était pas prévue par la loi, cette mesure poursuivait un but légitime et si, eu égard notamment à ses effets, elle était proportionnée à ce but (voir, pour une approche similaire, *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, § 350, CEDH 2012).

Certes, la Cour ne doit pas se prononcer *in abstracto* sur le nouvel article 8A (paragraphe 75 de l'arrêt). J'estime néanmoins que, si elle avait examiné, fût-ce par *obiter dictum*, la finalité et la nécessité de l'ingérence litigieuse, son arrêt aurait pu éclairer les citoyens et les autorités turcs sur les *principes* auxquels doivent répondre tant les applications de l'article 8 que celles du nouvel article 8A de la loi n° 5651.

CENGİZ AND OTHERS v. TURKEY
(Applications nos. 48226/10 and 14027/11)

SECOND SECTION

JUDGMENT OF 1 DECEMBER 2015¹

1. Translation; original French.

SUMMARY¹**Wholesale blocking of access to YouTube without any legal basis**

Although they had not been directly targeted by an order blocking access to a website, the applicants could legitimately claim that such a measure had affected their right to receive and impart information and ideas. A blocking order of that nature, which was bound to have an influence on the accessibility of the Internet, engaged the State's responsibility under Article 10 (see paragraphs 54 and 57 of the judgment).

Article 10

Freedom to receive information – Freedom to impart information – Wholesale blocking of access to YouTube without any legal basis – Accessibility of the Internet – Very popular platform for political speeches and political and social activities – Emergence of citizen journalism – Unique platform with no equivalent on account of its characteristics, accessibility and potential impact – Lack of legal basis

Article 34

Victim – Wholesale blocking of access to YouTube, of which the applicants were active users – Status of active user of a website – Applicants' rights affected even though they were not directly targeted by blocking order

*

* *

Facts

In May 2008 an Ankara court, finding that the content of ten pages on the YouTube website infringed the prohibition on insulting the memory of Atatürk, imposed a blocking order on the entire site. The applicants, active users of the website, appealed against the order. Their appeal was rejected on the ground that they were not parties to the investigation procedure and therefore did not have *locus standi*. The legislation on which the court's decision had been based was amended after the events of the present case in such a way as to permit the blocking of access to an entire website and not merely to the offending content as had previously been the case.

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

Law

Article 10: The applicants had lodged their applications with the Court as active YouTube users, drawing attention especially to the repercussions of the blocking order on their academic work and to the significant features of the website in question. They had stated, in particular, that through their YouTube accounts they used the platform not only to access videos relating to their professional sphere but also in an active manner, for the purpose of uploading and sharing files of that nature. Some of them had also pointed out that they published videos about their own academic activities. Furthermore, YouTube not only hosted artistic and musical works, but was also a very popular platform for political speeches and political and social activities. The files published by YouTube contained information that could be of particular interest to anyone. The measure in issue had blocked access to a website containing specific information of interest to the applicants that was not easily accessible by other means. The website also constituted an important source of communication for the applicants. Furthermore, YouTube was a video-hosting website on which users could upload, view and share videos and was undoubtedly an important means of exercising the freedom to receive and impart information and ideas. In particular, political content ignored by the traditional media had often been shared via YouTube, thus fostering the emergence of citizen journalism. From that perspective, the platform was unique on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there had been no equivalent at the material time.

Consequently, even though they had not been directly targeted by the decision to block access to YouTube, the applicants could legitimately claim that the blocking order had affected their right to receive and impart information and ideas. Whatever its legal basis, such a measure had been bound to have an influence on the accessibility of the Internet. Accordingly, it had engaged the responsibility of the respondent State under Article 10.

As to the lawfulness of the interference, it had to be noted that the relevant legislation did not allow the wholesale blocking of access to a website on account of the content of a single page hosted by it. Only the blocking of access to a specific publication could be ordered, provided that there were sufficient grounds to suspect that its content was such as to amount to any of the offences specified in the legislation. Consequently, when the court had decided to block all access to YouTube there had been no statutory provision empowering it to do so. The URL filtering technology for foreign-based websites was unavailable in Turkey. In practice, therefore, an administrative body decided to block all access to the website in question in order to implement court decisions concerning specific content. The authorities should have taken into consideration the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, was bound to substantially restrict the rights of Internet users and to have a significant collateral effect. Accordingly, the measure in issue had not satisfied the lawfulness requirement.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: Finding of a violation sufficient in itself in respect of non-pecuniary damage.

Article 46: After the application in the present case had been lodged, the legislation in question had been amended. The blocking of access to an entire website could now be ordered where the conditions laid down in the legislation were fulfilled. These amendments had been introduced after the events of the present case. The Court's task was not to rule *in abstracto* on the compatibility with the Convention of the legal provisions in force in Turkey at the material or the present time for blocking access to websites, but to assess *in concreto* what effect the application of the relevant provisions had on the applicants' right to freedom of expression. It was therefore not necessary, in the circumstances of the case, to rule on the applicants' request for an order under Article 46.

Case-law cited by the Court

- Ahmet Yıldırım v. Turkey*, no. 3111/10, ECHR 2012
Akdeniz v. Turkey (dec.), no. 20877/10, 11 March 2011
Altuğ Taner Akçam v. Turkey, no. 27520/07, 25 October 2011
Andelković v. Serbia, no. 1401/08, 9 April 2013
Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, ECHR 2015
Dink v. Turkey, nos. 2668/07 and 4 others, 14 September 2010
Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, no. 23883/06, 16 December 2008
Nikolova v. Bulgaria [GC], no. 31195/96, ECHR 1999-II
RTBF v. Belgium, no. 50084/06, ECHR 2011
Tanrıkulu and Others v. Turkey (dec.), nos. 40150/98
and 2 others, 6 November 2001
Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2),
nos. 3002/03 and 23676/03, ECHR 2009

In the case of Cengiz and Others v. Turkey,

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

Paul Lemmens, *President*,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Ksenija Turković,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

Stéphanie Mourou-Vikström, *judges*,

and Stanley Naismith, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 20 October 2015,

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

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 48226/10 and 14027/11) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by three Turkish nationals, Mr Serkan Cengiz, Mr Yaman Akdeniz and Mr Kerem Altıparmak (respectively “the first applicant”, “the second applicant” and “the third applicant”), on 20 July 2010 (the first applicant) and 27 December 2010 (the other two applicants).

2. The second and third applicants were represented before the Court by Ms A. Altıparmak, a lawyer practising in Ankara. The Turkish Government (“the Government”) were represented by their Agent.

3. Relying on Article 10 of the Convention, the applicants complained in particular of a measure that had deprived them of all access to YouTube. In addition, relying on Article 6 of the Convention, the first applicant submitted that he had not had an effective judicial remedy enabling him to have the measure in question reviewed by a court.

4. On 16 April 2014 notice of the applications was given to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. Mr Cengiz was born in 1974 and lives in İzmir. He is a lecturer at the Law Faculty of İzmir University and is an expert and legal practitioner in the field of freedom of expression.

Mr Akdeniz and Mr Altıparmak were born in 1968 and 1973 respectively. Mr Akdeniz is a professor of law at the Law Faculty of Istanbul Bilgi University. Mr Altıparmak is an assistant professor of law at the Political Science Faculty of Ankara University and director of the university's Human Rights Centre.

A. Blocking order in respect of YouTube

6. YouTube (www.youtube.com) is the leading video-hosting website on which users can upload, view and share videos. Most videos on the site or on YouTube channels can be viewed by any Internet users, but only users with a YouTube account may upload video files. The platform is available in more than seventy-six countries. Over one billion users visit the site each month, viewing more than six billion hours of videos.

7. On 5 May 2008, under section 8(1)(b), (2), (3) and (9) of Law no. 5651 of 4 May 2007 on regulating Internet publications and combating Internet offences ("Law no. 5651"), the Ankara Criminal Court of First Instance made an order for the blocking of access to www.youtube.com and IP addresses 208.65.153.238 to 208.65.153.251 providing access to the website. The court held, among other things, that the content of ten pages on the website (ten video files) infringed Law no. 5816 of 25 July 1951 prohibiting insults to the memory of Atatürk.

8. On 21 May 2010 the first applicant lodged an objection against the blocking order of 5 May 2008. Relying on his right to freedom to receive and impart information and ideas, he sought to have the order set aside.

9. On 31 May 2010 the second and third applicants, as YouTube users, also lodged an objection against the blocking order of 5 May 2008. They sought to have the order set aside, arguing that there was a public interest in having access to YouTube and that the blocking of such access seriously impaired the very essence of their right to freedom to receive information and ideas. They also submitted that six of the ten pages to which the order of 5 May 2008 related had already been deleted and that the other four were no longer accessible from inside Turkey. This meant, in their submission, that the blocking order had become devoid of all purpose and constituted a disproportionate restriction on the rights of Internet users to receive and impart information and ideas.

10. On 9 June 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance dismissed the applicants' objection, holding in particular that the blocking order complied with the requirements of the legislation. Addressing the inaccessibility of the video files from inside Turkey, it stated that, while access to the files had indeed been blocked by YouTube within Turkey, the videos in question had nevertheless not been removed from the website's

database and thus remained accessible to Internet users worldwide. It also held that, as they had not been parties to the investigation procedure, the applicants did not have *locus standi* to challenge such orders. Lastly, the court noted that an objection against the same blocking order had already been dismissed on 4 June 2008.

11. On 2 July 2010 the Ankara Criminal Court upheld the decision of 9 June 2010 of the Ankara Criminal Court of First Instance, holding that it had complied with the procedural rules and fell within the court's discretion.

B. Subsequent decisions

12. On 17 June 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance adopted a further decision concerning YouTube, ordering the blocking of access to the website www.youtube.com and forty-four other IP addresses belonging to the site.

13. On 23 June 2010 the second and third applicants lodged an objection against the additional blocking order of 17 June 2010.

14. On 1 July 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance dismissed the objection lodged by those two applicants and by YouTube representatives and the Internet Technology Association. Addressing the inaccessibility of the video files from inside Turkey, it reiterated that, while access to the files had indeed been blocked by YouTube within Turkey, the videos in question had nevertheless not been removed from the website's database and thus remained accessible to Internet users worldwide. It also held that, as they had not been parties to the case, the applicants did not have *locus standi* to challenge such orders. It added that, given that the website in question had continued to infringe the law by remaining active, the blocking order was compatible with the requirements of the legislation. Lastly, it rejected the argument that the provision applied in the present case was unconstitutional.

15. In the judgment of 2 July 2010 referred to above (see paragraph 11), the Ankara Criminal Court also upheld the decision of 1 July 2010 of the Ankara Criminal Court of First Instance.

C. Information submitted by the parties

16. The Government indicated that in the period before and after the order blocking access to YouTube, between 23 November 2007 and 1 July 2009, 1,785 complaints had been made to the Telecommunications and Information Technology Directorate ("the TİB") to the effect that YouTube was hosting content that was illegal under Law no. 5651, in particular concerning sexual abuse of minors and insults to the memory of Atatürk.

17. The Government also stated that, prior to the order of 5 May 2008, the domestic courts had already made thirty-four orders blocking access to YouTube on account of illegal content hosted by the site. Following the orders, the TİB had contacted YouTube's legal representative in Turkey under the "notice-and-take-down" procedure. The order of 5 May 2008, according to the Government, indicated that there were ten web addresses (URLs) hosting defamatory content about Atatürk. Access to six of the pages had been blocked, but the other four had remained accessible both from within Turkey and abroad. Accordingly, the TİB had notified YouTube of its decision to remove the content in question. However, YouTube had not stopped hosting the offending pages and the TİB had had no other solution than to block access to the entire YouTube website as Turkey had not set up a URL filtering system.

18. The applicants stated that, following the order of 5 May 2008, access to YouTube had been blocked in Turkey by the TİB until 30 October 2010. On that date, the blocking order in respect of YouTube had been lifted by the competent public prosecutor's office following a request from a company claiming to own the copyright to the videos. However, from 1 November 2010 YouTube had decided to restore the videos, finding that they did not infringe copyright. The second and third applicants also pointed out that they had discovered that, in January 2015, four video files (nos. 1, 2, 7 and 8) out of the ten concerned by the order of 5 May 2008 were still accessible on YouTube. They noted that, among those files, videos nos. 2 and 7 did not include any content that could be construed as insulting the memory of Atatürk and thus fell outside the scope of section 8 of Law no. 5651. In particular, video no. 2 was fourteen seconds long and showed a burning Turkish flag. Video no. 7 was forty-nine seconds long and showed a former chief of staff of the Turkish armed forces. Only videos nos. 1 and 8 might have been regarded as insulting, but there had been no proceedings to establish that their content was illegal.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Internet law

19. For a summary of the relevant domestic and international law and practice at the material time, the Court would refer to *Abmet Yıldırım v. Turkey* (no. 3111/10, §§ 15-37, ECHR 2012).

20. Law no. 5651 provided as follows, in so far as relevant, at the material time.

Section 8 – Blocking orders and implementation thereof

“(1) A blocking order [*erişimin engellenmesi*] shall be issued in respect of Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to one of the following offences:

- (a) Offences under the Criminal Code ...
 - (1) incitement to suicide (Article 84);
 - (2) sexual abuse of minors (Article 103 § 1);
 - (3) facilitating the use of narcotic drugs (Article 190);
 - (4) supplying products harmful to health (Article 194);
 - (5) obscenity (Article 226);
 - (6) prostitution (Article 227);
 - (7) hosting gambling activities (Article 228);
- (b) offences against the memory of Atatürk under Law no. 5816 of 25 July 1951.

...

(2) The blocking order shall be issued by a judge if the case is at the investigation stage or by the court if a prosecution has been brought. During the investigation, the blocking of access may be ordered by the public prosecutor in cases where a delay in acting could have harmful effects. The order must then be submitted to the judge for approval within twenty-four hours. The judge must give a decision within a further twenty-four hours. If he or she does not approve the blocking of access, the measure shall be lifted by the prosecutor forthwith. Blocking orders issued as a preventive measure may be appealed against in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure (Law no. 5271).

(3) A copy of the blocking order issued by the judge, court or public prosecutor shall be sent to the [TİB] for execution.

(4) Where the content provider or the hosting service provider is abroad ... the blocking order shall be issued by the Directorate of its own motion. It shall then be notified to the access provider with a request for execution.

(5) Blocking orders shall be implemented immediately or at the latest twenty-four hours after notification.

...

(7) If the criminal investigation ends in a decision to discontinue the proceedings, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(8) Where the trial ends in an acquittal, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(9) If the illegal content is removed, the blocking order shall be lifted ...”

21. The Government stated that two significant amendments had recently been made to Law no. 5651. The prison sentences provided for by the Law had been replaced by fines and the effective protection of personal rights had been increased; also, blocking orders were now limited in time.

22. In addition, the Court observes that through the adoption of Law no. 6639¹, on 27 March 2015, a new section 8A was inserted into Law no. 5651. The new provision authorises the TİB, further to a request to that effect from the Prime Minister or a ministry, to order the deletion of the content of a web page and/or the blocking of access to such content. It also explicitly states for the first time that the blocking of access to an entire website is permitted. Subsection (3) of section 8A reads as follows.

“Blocking orders issued in accordance with this provision shall be aimed at blocking access to the content of the chapter or part of the publication (URL or other) constituting the offence. Where it is not technically possible to block access to the offending content or where the blocking of access to the offending content does not prevent the offence, access to the entire website may be blocked.”

23. The Government pointed out that URL filtering technology for foreign-based websites was not available in Turkey and that the relevant legislation in this area was based on the “notice-and-take-down” procedure, which tended to avoid the inconvenience of blocking access to the entire website. The implementation of this procedure had already resulted in the removal of harmful content. Thus, 60,000 examples of illegal content on foreign-based websites had been removed to date. To that end, an information-reporting centre had been set up; its duties included receiving complaints from individuals regarding Internet content. Many individual complaints had been made to the centre by this means about videos shared on YouTube.

B. Law no. 5816

24. The relevant provisions of Law no. 5816 of 25 July 1951 prohibiting insults against the memory of Atatürk read as follows.

Section 1

“Anyone who specifically insults or curses the memory of Atatürk shall be liable to imprisonment for a term of between one and three years.

Anyone who breaks, destroys, damages or dirties a statue or image of Atatürk or his tomb shall be liable to imprisonment for a term of between one and five years.

Anyone who incites another to commit any of the above-mentioned offences shall be punished in the same way as the principal offender.”

1. Rectified on 29 March 2016 (French text). The text previously read: “The Government stated in particular that ...”

Section 2

“The punishment shall be increased by half where the offence provided for in section [1] above has been committed by a group of two or more persons, or overtly or via the media or in a public place. Where violence is used in the commission or attempted commission of the offences provided for in the second subsection of section 1 above, the punishment shall be doubled.”

C. Constitutional case-law

1. *The “twitter.com” judgment*

25. In March 2014, following several decisions in which the Turkish courts had found that the website <https://twitter.com> (a microblogging site where users can post short messages online free of charge via instant messaging or SMS) was hosting content that was damaging to the claimants’ private life and reputation, the TİB ordered the blocking of access to the site. In a judgment of 25 March 2014, the Ankara Administrative Court stayed the implementation of the TİB’s order.

In the meantime, on 24 and 25 March 2014, three individuals, including the second and third applicants, had applied to the Constitutional Court to challenge the blocking order.

In a judgment of 2 April 2014 (no. 2014/3986), the Constitutional Court held that the TİB’s decision to block access to <https://twitter.com> interfered with the right to freedom to receive and impart information and ideas. It noted, in particular, that delaying the posting of information or opinions shared via this medium, even for a short time, risked making the site devoid of all topical value and interest and that as a result the applicants, who were active users of the site, had an interest in having the blocking order lifted promptly. Referring to the Court’s judgment in *Ahmet Yıldırım* (cited above), it also held that the measure in issue had had no legal basis.

2. *The “YouTube” judgment*

26. On 27 March 2014 the TİB issued an order blocking access to YouTube, particularly in the light of a judgment of the Gölbaşı Criminal Court of First Instance. In a judgment of 2 May 2014, the Ankara Administrative Court stayed the implementation of the TİB’s order. Following the non-enforcement of that judgment, the YouTube company, the second and third applicants and six other individuals applied to the Constitutional Court. In a judgment of 29 May 2014, the court set aside the blocking order. Before addressing the merits of the case, it determined whether the applicants had the status of victims and held as follows.

“27. ... It appears from the file that ... Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak and M.F. taught at different universities. These applicants explained that they carried out research in the field of human rights and shared the research via their YouTube accounts. They also stated that through the website they were able to access written and visual material from the United Nations and the Council of Europe ... The applicant, E.E., for his part, explained that he had a [YouTube] account, that he regularly followed users who shared files, as well as the activities of non-governmental organisations and professional bodies, and that he also wrote critical comments about the shared content ...

28. In the light of those explanations, it can be concluded that the applicants were direct victims of the administrative decision ordering the blocking of all access to www.youtube.com ...”

As to the merits of the case, with reference to *Abmet Yıldırım* (cited above), the Constitutional Court found that the measure in issue had had no legal basis, particularly in the light of Law no. 5651, which did not authorise the wholesale blocking of an Internet site. It held as follows.

“52. In modern democracies, the Internet has acquired significant importance in terms of the exercise of fundamental rights and freedoms, especially the freedom of expression. Social media constitute a transparent platform ... affording individuals the opportunity to participate in creating, publishing and interpreting media content. Social-media platforms are thus indispensable tools for the exercise of the right to freedom to express, share and impart information and ideas. Accordingly, the State and its administrative authorities must display considerable sensitivity not only when regulating this area but also in their practice, since these platforms have become one of the most effective and widespread means of both imparting ideas and receiving information.”

D. United Nations Human Rights Committee

27. In its General Comment No. 34 on Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted at its 102nd session (11-29 July 2011), the United Nations Human Rights Committee stated as follows.

“43. Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic or other such information dissemination system, including systems to support such communication, such as internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3 [of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, governing the restrictions that may be imposed on the exercise of the right to freedom of expression]. Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. It is also inconsistent with paragraph 3 to prohibit a site or an information dissemination system from publishing material solely on the basis that it may be critical of the government or the political social system espoused by the government.”

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

28. The Court decides, in accordance with Rule 42 § 1 of the Rules of Court, to join the applications in view of their similarity as regards the facts and the legal issues they raise, and to examine them jointly in a single judgment.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

29. The applicants complained that the measure taken by the domestic courts had prevented them from having access to YouTube. They submitted that the measure amounted to an infringement of their right to freedom to receive and impart information and ideas, guaranteed by Article 10 of the Convention. The relevant parts of that Article provide:

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, 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.”

30. The Government contested the applicants' argument.

A. Admissibility

31. The Government contended that the applicants' complaint was incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention. Referring in particular to *Tanrikulu and Others v. Turkey* ((dec.), nos. 40150/98 and 2 others, 6 November 2001) and *Akdeniz v. Turkey* ((dec.), no. 20877/10, 11 March 2014), they argued that the applicants could not be said to have been directly affected by the facts allegedly constituting the interference.

32. The Government further noted that the applicants had lodged their applications with the Court two years after the order blocking access to YouTube. They submitted that, if the applicants considered themselves to be the victims of the measures in question, they should not have waited such a long time to complain of them.

33. The applicants disputed that argument.

34. The Court considers that the Government's preliminary objection that the applicants lack victim status raises issues that are closely linked to the examination of whether there has been an interference with the applicants' exercise of their right to freedom to receive and impart information and ideas, and hence to the merits of the complaint under Article 10 of the Convention. It therefore decides to join this objection to the merits (see, to similar effect, *Dink v. Turkey*, nos. 2668/07 and 4 others, § 100, 14 September 2010, and *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, no. 27520/07, § 51, 25 October 2011).

35. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and is not inadmissible on any other grounds. It therefore declares it admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

36. The three applicants submitted that the order blocking access to YouTube amounted to an infringement of their freedom to receive and impart information and ideas. Relying on *Ahmet Yıldırım v. Turkey* (no. 3111/10, ECHR 2012) and two judgments of the Constitutional Court (see paragraphs 25-26 above), they also asserted that Law no. 5651 of 4 May 2007 on regulating Internet publications and combating Internet offences ("Law no. 5651") did not permit the wholesale blocking of access to a website. Accordingly, the impugned interference could not be said to have been "prescribed by law". They further contended that the consequences that the blocking order had entailed for them, namely, making it impossible to access numerous YouTube videos that were unrelated to the illegal content forming the basis of the blocking order in respect of the site, had been disproportionate to the aims pursued. They argued in addition that the proceedings leading to the blocking of YouTube could not be regarded as fair and impartial.

37. The first applicant submitted, among other things, that he was a lecturer in law and an expert and legal practitioner in the field of freedom of expression. He explained that international organisations uploaded a large amount of visual material on YouTube and that he regularly used such material in his activities. As an active user with a YouTube account, he enjoyed access to many different information sources that published a wide range of content on the site, such as documentation, analyses and entertainment. As a result of the wholesale blocking of the site, he had been unable to access his YouTube account for more than three years.

38. The second and third applicants, emphasising the importance of the Internet, which had become one of the main means by which individuals could exercise their right to freedom to receive and impart information and ideas, contended that they had been directly affected by the measure in issue. They explained in that connection that YouTube not only disseminated artistic and musical content, but was also a large-scale and very popular platform for political speech and political and social activities. In particular, political content that was ignored by the traditional media or banned by repressive governments was often shared via YouTube, fostering “citizen journalism” on an unforeseen scale. From that perspective, YouTube was a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there were no equivalents that could replace it.

39. Furthermore, the second and third applicants submitted that the present case differed from *Akdeniz* (cited above), which had concerned the blocking of sites hosting musical content on the ground that the sites did not comply with copyright legislation. The Court had, moreover, affirmed that the Contracting States’ margin of appreciation should be reduced where what was at stake was not a given individual’s purely “commercial” expression, but his or her participation in a debate affecting the general interest (the applicants cited, *mutatis mutandis*, *Ashby Donald and Others v. France*, no. 36769/08, § 39, 10 January 2013). The applicants added that, as had been the case in *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden* (no. 23883/06, § 44, 16 December 2008), the right at stake had been of particular importance to them.

40. More specifically, the second applicant explained that, as a law professor specialising in the field of freedom of expression, he uploaded a significant amount of political material on Internet law onto YouTube. The third applicant added that he too was a law professor and director of the Human Rights Centre at Ankara University and also accessed a large number of videos via YouTube. Several conferences organised by the centre had been made available through the site. In addition, files containing speeches or recordings produced by the centre or by him had been uploaded by others. The two applicants explained that, to sum up, they used YouTube not only to receive information on academic topics or other matters of general interest, but also to impart information via their own YouTube accounts. Accordingly, both the freedom to receive and to impart information were at stake.

41. The second and third applicants also objected to the manner in which the domestic courts had ordered the blocking of access to YouTube and argued that the procedure had not afforded any safeguards to ensure that a blocking order in respect of a specific site was not used as a means of

blocking access in general. They emphasised that, in practice, the blocking of access to a website was not envisaged solely as a last resort, given that access to more than 60,000 websites had already been blocked, including 21,000 in 2014. During that same year, the blocking of access to <https://twitter.com> and www.youtube.com had been ordered illegally, without any consideration being given to less severe measures. In both cases, the Constitutional Court had held that the blocking orders breached Article 26 of the Constitution (guaranteeing the right to freedom to receive and impart information and ideas), finding that they entailed serious interference with the exercise of that right.

(b) The Government

42. The Government contested the applicants' arguments. They reiterated their argument that the applicants' complaint was incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention. In their submission, the applicants could not be said to have been directly affected by the facts allegedly constituting the interference. In any event, they had not substantiated their allegation of a violation of Article 10 of the Convention.

43. If, however, the Court were to find that there had been an interference for the purposes of Article 10 of the Convention, the Government maintained that the interference had been prescribed by law and had pursued the legitimate aims set out in paragraph 2 of that Article. As to whether the measure in question had been "necessary" within the meaning of Article 10, the Government submitted that a fair balance had been struck between the competing interests at stake. Furthermore, the proceedings had been fair at all levels, and both of the courts concerned had delivered decisions containing comprehensive and detailed reasons. Accordingly, and having regard to the margin of appreciation afforded to the authorities, the alleged interference had been proportionate to the legitimate aim pursued and "necessary in a democratic society".

44. The Government stated more specifically that the Internet operators mentioned in section 2 of Law no. 5651 had been defined in conformity with European Union standards and that the duties of those operators and the sanctions applicable to them were explicitly regulated by law. In addressing the need to introduce the relevant legal instruments, Turkey had achieved significant progress in terms of the setting of limits on fundamental rights and freedoms by law in accordance with national and international standards. To that end, the blocking of access to a website had been envisaged not as a first resort but as a last resort in curbing the dissemination of harmful content.

45. The Government added that Law no. 5651 listed the types of offences that could give rise to a blocking order under the “notice-and-take-down” procedure. This procedure was aimed in particular at avoiding the inconvenience of blocking access to an entire website. Furthermore, domestic and foreign-based websites hosting harmful content had been removed by means of this procedure.

46. The Government lastly noted that significant amendments had recently been made to Law no. 5651. However, URL filtering technology for foreign-based websites was not available in Turkey.

2. *The Court’s assessment*

(a) **Whether there was an interference**

47. The Court notes that in a decision adopted on 5 May 2008, the Ankara Criminal Court of First Instance ordered the blocking of access to YouTube under section 8(1)(b), (2), (3) and (9) of Law no. 5651 on the ground that the content of ten video files available on the website in question had infringed Law no. 5816 prohibiting insults to the memory of Atatürk. The first applicant lodged an objection against the blocking order on 21 May 2010, seeking to have it set aside, and the second and third applicants did likewise on 31 May 2010. In their objections they relied on the protection of their right to freedom to receive and impart information and ideas.

48. On 9 June 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance, finding that the applicants had not been parties to the case and thus did not have *locus standi* to challenge such orders, dismissed their objection. In so doing, it noted, among other things, that the blocking order complied with the requirements of the relevant legislation. It also adopted a further decision on 17 June 2010. Attempts by two of the applicants to challenge that decision were to no avail.

49. The Court reiterates at the outset that the Convention does not allow an *actio popularis* but requires as a condition for the exercise of the right of individual petition that the applicant be able to claim on arguable grounds that he himself has been a direct or indirect victim of a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State. In *Tanrıkulu and Others* (cited above), it found that readers of a newspaper whose distribution had been prohibited did not have victim status. Similarly, in *Akdeniz* (cited above, § 24), it held that the mere fact that Mr Akdeniz – like the other users of two music-streaming websites in Turkey – was indirectly affected by a blocking order could not suffice for him to be acknowledged as a “victim” within the meaning of Article 34 of

the Convention. In view of those considerations, the answer to the question whether an applicant can claim to be the victim of a measure blocking access to a website will therefore depend on an assessment of the circumstances of each case, in particular the way in which the person concerned uses the website and the potential impact of the measure on him. It is also relevant that the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom to receive and impart information and ideas, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest (see *Ahmet Yıldırım*, cited above, § 54).

50. In the present case, the Court observes that the applicants lodged their applications with it as active YouTube users; among other things, they drew attention to the repercussions of the blocking order on their academic work and to the significant features of the website in question. They stated, in particular, that through their YouTube accounts they used the platform not only to access videos relating to their professional sphere, but also in an active manner, for the purpose of uploading and sharing files of that nature. The second and third applicants also pointed out that they had published videos on their academic activities. In that respect, the case more closely resembles that of Mr Yıldırım, who stated that he published his academic work and his views on various topics on his own website (*ibid.*, § 51), than that of Mr Akdeniz (see decision cited above), who was acting as a simple website user.

51. The present case also differs in another respect from that in *Akdeniz*, where the Court had regard, *inter alia*, to the fact that the applicant could easily have had access to a whole range of musical works by a variety of means without infringing copyright rules (*ibid.*, § 25). YouTube, however, not only hosts artistic and musical works, but is also a very popular platform for political speeches and political and social activities. The files shared by YouTube contain information that could be of particular interest to anyone (see, *mutatis mutandis*, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi*, cited above, § 44). Accordingly, the measure in issue blocked access to a website containing specific information of interest to the applicants that is not easily accessible by other means. The website also constitutes an important source of communication for the applicants.

52. Moreover, as to the importance of Internet sites in the exercise of freedom of expression, the Court reiterates that “[i]n the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general” (see *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*,

nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009). User-generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression (see *Delfi AS v. Estonia* [GC], no. 64569/09, § 110, ECHR 2015). In this connection, the Court observes that YouTube is a video-hosting website on which users can upload, view and share videos and is undoubtedly an important means of exercising the freedom to receive and impart information and ideas. In particular, as the applicants rightly noted, political content ignored by the traditional media is often shared via YouTube, thus fostering the emergence of citizen journalism. From that perspective, the Court accepts that YouTube is a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and that no alternatives were available to the applicants.

53. Furthermore, the Court observes that, after the applicants lodged their applications, the Constitutional Court examined whether active users of websites such as <https://twitter.com> and www.youtube.com could be regarded as victims. In particular, in the case concerning the administrative decision to block access to YouTube, it granted victim status to certain active users of the site, among them the second and third applicants. In reaching that conclusion, it mainly had regard to the fact that the individuals concerned, who all had a YouTube account, made active use of the site. In the case of the two applicants in question, it also took into consideration the fact that they taught at universities, carried out research in the field of human rights, used the website to access a range of visual material and shared their research via their YouTube accounts (see paragraphs 25-26 above).

The Court endorses the Constitutional Court's conclusions concerning these applicants' victim status. In addition, it observes that the situation of the first applicant, also an active YouTube user, is no different from that of the other two applicants.

54. To sum up, the Court observes that the applicants are essentially complaining of the collateral effects of the measure taken against YouTube in the context of Internet legislation. Their contention is that, on account of the YouTube features, the blocking order deprived them of a significant means of exercising their right to freedom to receive and impart information and ideas.

55. Having regard to the foregoing and to the need for flexible application of the criteria for acknowledging victim status, the Court accepts that, in the particular circumstances of the case, the applicants may legitimately claim that the decision to block access to YouTube affected their right to receive and impart information and ideas even though they were not directly targeted by it. It therefore dismisses the Government's preliminary objection as to victim status.

56. Moreover, the Court reiterates that Article 10 of the Convention guarantees “everyone” the freedom to receive and impart information and ideas and that no distinction is made according to the nature of the aim pursued or the role played by natural or legal persons in the exercise of that freedom. Article 10 applies not only to the content of information but also to the means of dissemination, since any restriction imposed on such means necessarily interferes with the right to receive and impart information. Likewise, the Court reaffirms that Article 10 guarantees not only the right to impart information but also the right of the public to receive it (see *Ahmet Yıldırım*, cited above, § 50).

57. In the present case, the evidence before the Court indicates that as a result of a measure ordered by the Ankara Criminal Court of First Instance on 5 May 2008, the applicants had no access to YouTube for a lengthy period. As active YouTube users, they can therefore legitimately claim that the measure in question affected their right to receive and impart information and ideas. The Court considers that, whatever its legal basis, such a measure was bound to have an influence on the accessibility of the Internet and, accordingly, engaged the responsibility of the respondent State under Article 10 (*ibid.*, § 53). The measure in question therefore amounted to “interference by public authority” with the exercise of the rights guaranteed by Article 10.

58. The Court reiterates that such interference will constitute a breach of Article 10 unless it is “prescribed by law”, pursues one or more of the legitimate aims referred to in Article 10 § 2 and is “necessary in a democratic society” to achieve those aims. That is what it will seek to ascertain below.

(b) Whether the interference was justified

59. The Court reiterates firstly that the expression “prescribed by law” in the second paragraph of Article 10 not only requires that the impugned measure have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned, foreseeable as to its effects and compatible with the rule of law (see, among many other authorities, *Dink*, cited above, § 114). According to the Court’s settled case-law, a rule is “foreseeable” if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (see, among many other authorities, *RTBF v. Belgium*, no. 50084/06, § 103, ECHR 2011, and *Altuğ Taner Akçam*, cited above, § 87).

60. In the instant case the Court observes that the blocking of access to a website forming the subject of judicial proceedings had a basis in law, namely in section 8(1) of Law no. 5651. As to whether section 8(1) also

satisfied the requirements of accessibility and foreseeability, the applicants submitted that this question should be answered in the negative, since the provision in question was too uncertain.

61. The Court observes that in *Ahmet Yıldırım* (cited above, §§ 61-62), it examined whether the interference had been “prescribed by law” and answered this question in the negative. In particular, it noted that Law no. 5651 did not allow the blocking of access to an entire website on the basis of the content of a single page hosted by it. Under section 8(1) of Law no. 5651, only the blocking of access to a specific publication could be ordered, provided that there were sufficient grounds to suspect that its content was such as to amount to any of the offences specified in the Law. Moreover, the Court’s conclusion in that case was followed by the Constitutional Court in its two decisions adopted after the delivery of the judgment in *Ahmet Yıldırım* (see paragraphs 25-26 above).

62. In that connection, the Court found, in particular, that such prior restraints were not incompatible with the Convention as a matter of principle, but had to form part of a legal framework ensuring both tight control over the scope of the ban and effective judicial review to prevent any abuse (*ibid.*, § 64). Judicial scrutiny of such a measure, based on the weighing-up of the competing interests at stake and designed to strike a balance between them, is inconceivable without a framework establishing precise and specific rules regarding the application of preventive restrictions on the freedom to receive and impart information and ideas.

63. It should be noted in the present case, however, that when the Ankara Criminal Court of First Instance decided to block all access to YouTube, there was no statutory provision empowering it to do so.

64. Indeed, as is apparent from the Government’s observations and the practice of the Turkish authorities, URL filtering technology for foreign-based websites is not available in Turkey. In practice, therefore, to implement court decisions concerning specific content, an administrative authority – the TİB – decided to block all access to the entire website in question. As the Court has already held in *Ahmet Yıldırım* (cited above, § 66), the authorities should have taken into consideration, among other aspects, the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, was bound to substantially restrict the rights of Internet users and to have a significant collateral effect.

65. In the light of these considerations and of its examination of the legislation in question as applied in the instant case, the Court concludes that the interference resulting from the application of section 8 of Law no. 5651 did not satisfy the requirement of lawfulness under the Convention and did not afford the applicants the degree of protection to which they

were entitled by the rule of law in a democratic society. Furthermore, the provision in question appears to be in conflict with the actual wording of paragraph 1 of Article 10 of the Convention, according to which the rights set forth in that Article are secured “regardless of frontiers” (*ibid.*, § 67).

66. There has therefore been a violation of Article 10 of the Convention.

67. In view of that conclusion, the Court does not consider it necessary in the instant case to examine whether the other requirements of paragraph 2 of Article 10 of the Convention have been met.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

68. Relying on Article 6 of the Convention, Mr Cengiz complained that he had not had an effective remedy enabling him to have the impugned measure reviewed by the courts and to have possible abuse by the authorities censured.

69. In view of its finding of a violation under Article 10 of the Convention (see paragraph 66 above), the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present case. In the light of all the facts of the case, it deems it unnecessary to rule separately on either the admissibility or the merits of the complaint under Article 6 of the Convention (see, to similar effect, *Ahmet Yıldırım*, cited above, § 72).

IV. APPLICATION OF ARTICLES 41 AND 46 OF THE CONVENTION

70. In their application form, Mr Akdeniz and Mr Altıparmak each claimed 1,000 euros in respect of non-pecuniary damage and the same amount in respect of costs and expenses. Mr Cengiz, meanwhile, did not submit any claims under this head, taking the view that the finding of a violation would in itself constitute just satisfaction.

In addition, under Article 46 of the Convention, the applicants asked the Court to indicate to the Government the general measures that could be taken to put an end to the situation complained of.

71. The Government stated that they were opposed to any award being made to the applicants. In the alternative, they contended that the finding of a violation would constitute in itself sufficient just satisfaction.

72. The Court notes that Mr Akdeniz and Mr Altıparmak submitted their claims for just satisfaction in their application form only. Accordingly, they failed to comply with either Rule 60 §§ 2 and 3 of the Rules of Court or paragraph 5 of its Practice Direction on just satisfaction claims, which specifies that the Court will “reject claims set out on the application form but not resubmitted at the appropriate stage of the proceedings”. Their claims for just satisfaction must therefore be rejected (see, among other authorities, *Andželković v. Serbia*, no. 1401/08, § 33, 9 April 2013).

73. Having regard to the foregoing and to Mr Cengiz's position in respect of Article 41 of the Convention, the Court considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by that applicant.

74. As to the applicants' claim under Article 46 of the Convention, the Court notes that it has found a violation of the Convention because, *inter alia*, the domestic court order blocking access to YouTube did not have a legal basis, and the legislation, as in force at the material time, did not afford the applicants the degree of protection to which they were entitled by the rule of law in a democratic society (see paragraph 65 above). That conclusion implies that the violation of the applicants' right stemmed from a structural problem.

75. The Court observes that after the application in the present case was lodged, Law no. 5651 was amended. Under section 8A(3), the blocking of access to an entire website can now be ordered if the various conditions laid down in that provision are satisfied (see paragraph 22 above). The Court considers it useful to specify that² these amendments were introduced after the domestic court had ordered the blocking of access to YouTube without any legal basis. In this connection, the Court points out that it is not its task to rule *in abstracto* on the compatibility with the Convention of the legal provisions in force in Turkey at the material or the present time for blocking access to websites. On the contrary, it must assess *in concreto* what effect the application of the relevant provisions in the present case had on the applicants' right to freedom of expression under Article 10 of the Convention. It must therefore determine whether the application of the provisions in question gave rise to a violation of Article 10 in respect of the applicants (see *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 60, ECHR 1999-II). In the light of the foregoing, the Court does not consider it necessary, in the circumstances of the present case, to consider the applicants' request for an order under Article 46 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. *Decides* to join the applications;
2. *Declares* the complaint under Article 10 of the Convention admissible;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 10 of the Convention;
4. *Holds* that there is no need to examine separately the admissibility and merits of the complaint under Article 6 of the Convention;

2. Rectified on 29 March 2016 (French text). The following text was deleted: "although the parties provided detailed comments on them in their observations,"

5. *Holds* that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by Mr Cengiz;
6. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 1 December 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith
Registrar

Paul Lemmens
President

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

P.L.
S.H.N.

CONCURRING OPINION OF JUDGE LEMMENS

(Translation)

1. I voted with the majority in favour of finding a violation of Article 10 of the Convention. However, I would have preferred this conclusion to have been based on different reasoning.

Legal basis for the blocking order

2. After noting that the blocking of access to YouTube constituted an interference with the exercise of the applicants' right to receive and impart information and ideas, a finding to which I unreservedly subscribe, the majority concluded that the interference had not been "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

I nevertheless have some difficulty in understanding the precise reason that led the majority to reach that conclusion. Was there no legal basis at all? Or did the measure that was ordered exceed the limits of the legal basis (see paragraphs 61 and 63 of the present judgment)? Or was the statutory provision on which the measure was based insufficiently precise (see the applicants' argument as recapitulated in paragraph 60)? Or did this legal basis confer too broad a power on the competent authority (see paragraphs 62 and 65)?

3. My own view is that there was indeed a legal basis for blocking access to websites, namely section 8(1)(b) and (2) of Law no. 5651 of 4 May 2007 on regulating Internet publications and combating Internet offences ("Law no. 5651"). Under that provision, a blocking order in respect of Internet publications could be issued by a court. The provision in question served as the foundation for the order made in the present case by the Ankara Criminal Court of First Instance, and thus constituted the basis of the impugned measure in domestic law.¹

As to whether the measure in issue was compatible with the above-mentioned statutory provision, it should be emphasised that it is first and foremost for the national authorities, and notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, *Delfi AS v. Estonia*

1. The situation in the present case is not similar to those in the cases that gave rise to the Constitutional Court's judgments of 2 April 2014 and 29 May 2014 (see paragraphs 25-26 of the present judgment), in which the Telecommunications and Information Technology Directorate ("the TİB") had blocked access to an entire website without a court order for such an extensive measure. In addition, in the case of *Ahmet Yıldırım v. Turkey* (no. 3111/10, ECHR 2012), the court had ordered the wholesale blocking of access to Google Sites further to a request from the TİB. In the present case, it was the court itself, on its own initiative, that ordered the blocking of all access to YouTube, and the TİB simply executed that decision.

[GC], no. 64569/09, § 127, ECHR 2015, and *Pentikäinen v. Finland* [GC], no. 11882/10, § 85, ECHR 2015). It is now clear from the Constitutional Court's judgment of 29 May 2014 that the above-mentioned provision did not allow the blocking of access to an entire website, but only to specified content on a website (section 8(1), introductory phrase, of the Law). It follows that the interference in issue could not validly have been grounded on the provision that was supposed to have formed its legal basis. That, to my mind, should have been the reason for concluding that the measure was not prescribed by law.

This conclusion should, in my view, have made it unnecessary for the Court to go on to examine the foreseeability of the law or the protection it afforded against arbitrary interferences with freedom of expression.

Purpose and necessity of the blocking order

4. After concluding that the interference in issue did not satisfy the lawfulness requirement set forth in paragraph 2 of Article 10 of the Convention, the majority considered it unnecessary to determine whether the other requirements of that paragraph had been met (see paragraph 67 of the present judgment).

In principle, such an approach is justified. However, in the circumstances of the present case, I feel that this is a missed opportunity.

The statutory provision on which the Court gave its ruling, namely section 8 of Law no. 5651, has in the meantime been supplemented by a provision – section 8A – which now expressly states that access to an entire website can be blocked (see paragraph 22 of the present judgment). The judgment therefore addresses a situation which, to the extent that it concerns the legal basis for the impugned measure, largely belongs to the past. That being so, it would in my opinion have been desirable to examine whether, irrespective of the fact that the interference in issue was not prescribed by law, the measure pursued a legitimate aim and whether, particularly on account of its effects, it was proportionate to that aim (for a similar approach, see *Kurić and Others v. Slovenia* [GC], no. 26828/06, § 350, ECHR 2012).

Admittedly, it is not the Court's task to rule *in abstracto* on the new section 8A (see paragraph 75 of the present judgment). I nevertheless believe that had it examined, even by way of an *obiter dictum*, the purpose and necessity of the interference complained of, its judgment could have offered guidance to Turkish citizens and authorities as to the *principles* that must be observed in the application of both section 8 and the new section 8A of Law no. 5651.

ROMAN ZAKHAROV v. RUSSIA
(Application no. 47143/06)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 4 DECEMBER 2015¹

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

SUMMARY¹**Shortcomings in legal framework governing secret surveillance of mobile-telephone communications**

Where the domestic system does not afford an effective remedy to a person affected by legislation permitting secret surveillance measures who suspects that he was subjected to secret surveillance, the person concerned does not need to demonstrate the existence of any risk that secret surveillance measures were applied to him. By contrast, if the national system provides for effective remedies, the person concerned may claim to be a victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures only if he is able to show that, due to his personal situation, he is potentially at risk of being subjected to such measures (see paragraph 171 of the judgment).

Article 8

Respect for private life – Shortcomings in legal framework governing secret surveillance of mobile-telephone communications – Interference – Prescribed by law – Accessibility – Foreseeability – Safeguards against abuse – Necessary in a democratic society – National security – Public safety – Authorities’ almost unlimited discretion – Circumstances in which authorities are empowered to resort to secret surveillance measures not defined with sufficient clarity – Provisions on discontinuation of surveillance measures lacking sufficient guarantees against arbitrariness – Automatic storage of clearly irrelevant data – Circumstances in which intercept material will be stored and destroyed after end of trial not clearly defined – Judicial scrutiny at authorisation stage limited in scope – Authorisation procedures not capable of ensuring that secret surveillance measures are ordered only when “necessary in a democratic society” – Authorities’ ability to circumvent authorisation procedure and to intercept directly all communications – Ineffectiveness of supervision arrangements – Supervisory bodies not open to public scrutiny and lacking independence and powers with respect to detected breaches – Absence of notification of interceptions – Lack of access to documents and information relating to interceptions – Ineffectiveness of judicial review

Article 34

Victim – User of mobile phone complaining of system of secret surveillance without effective domestic remedies – Conditions under which an applicant can claim to be a victim of a violation of Article 8 without having to prove that secret surveillance measures had in fact been applied to him – Need to prevent secret surveillance measures

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

from being effectively unchallengeable and outside supervision by domestic courts and the Court – Applicant affected by legislation permitting secret surveillance measures – Availability and effectiveness of domestic remedies – Degree of Court’s scrutiny dependent on effectiveness of domestic remedies – Exception to rule denying individuals the right to challenge law in abstracto

*

* *

Facts

The applicant, who was the editor-in-chief of a publishing company, brought judicial proceedings against three mobile-network operators, complaining of interference with his right to privacy of his telephone communications. He claimed that pursuant to the relevant domestic law, the mobile-network operators had installed equipment which permitted the Federal Security Service to intercept all telephone communications without prior judicial authorisation. He sought an injunction ordering the removal of the equipment and ensuring that access to the telecommunications of others was given to authorised persons only.

The domestic courts rejected the applicant’s claim, finding that he had failed to prove that his telephone conversations had been intercepted or that the mobile operators had transmitted protected information to unauthorised persons. Installation of the equipment to which he referred did not in itself infringe the privacy of his communications.

In the Convention proceedings the applicant complained that the system of covert interception of mobile-telephone communications in Russia did not comply with the requirements of Article 8. On 11 March 2014 a Chamber of the Court relinquished jurisdiction to the Grand Chamber.

Law

Article 8:

(a) *Victim status* – The Court’s approach in *Kennedy v. the United Kingdom* (no. 26839/05, 18 May 2010) was best tailored to the need to ensure that the secrecy of surveillance measures does not result in the measures being effectively unchallengeable and outside the supervision of the national judicial authorities and the Court. Accordingly, an applicant can claim to be the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret surveillance measures or of legislation permitting such measures, if the following conditions are satisfied.

(i) *Scope of the legislation* – The Court will take into account the scope of the legislation permitting secret surveillance measures by examining whether the applicant can possibly be affected by it, either because he belongs to a group of persons targeted by the contested legislation or because the legislation directly

affects all users of communication services by instituting a system where any person can have his communications intercepted.

(ii) Availability of remedies at national level – The Court will take into account the availability of remedies at the national level and will adjust the degree of scrutiny depending on the effectiveness of such remedies. Where the domestic system does not afford an effective remedy, widespread suspicion and concern among the general public that secret surveillance powers are being abused cannot be said to be unjustified. In such circumstances the threat of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for all users or potential users a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court, and an exception to the rule denying individuals the right to challenge a law *in abstracto* is justified. In such cases the individual does not need to demonstrate the existence of any risk that secret surveillance measures were applied to him. By contrast, if the national system provides for effective remedies, a widespread suspicion of abuse is more difficult to justify. In such cases, the individual may claim to be a victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures only if he is able to show that, due to his personal situation, he is potentially at risk of being subjected to such measures. In the instant case, the contested legislation directly affected all users of the mobile-telephone services, since it instituted a system of secret surveillance under which any person using the mobile-telephone services of national providers could have their mobile-telephone communications intercepted, without ever being notified of the surveillance. Furthermore, domestic law did not provide for effective remedies for persons suspecting they had been subjected to secret surveillance. An examination of the relevant legislation *in abstracto* was therefore justified. The applicant did not need to demonstrate that due to his personal situation he had been at risk of being subjected to secret surveillance. He was thus entitled to claim to be the victim of a violation of the Convention.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(b) *Merits* – The mere existence of the contested legislation amounted in itself to an interference with the exercise of the applicant’s rights under Article 8. The interception of mobile-telephone communications had a basis in domestic law and pursued the legitimate aims of the protection of national security and public safety, the prevention of crime and the protection of the economic well-being of the country. It remained to be ascertained whether the domestic law was accessible and contained adequate and effective safeguards and guarantees to meet the requirements of “foreseeability” and “necessity in a democratic society”.

(i) Accessibility – It was common ground that almost all the domestic legal provisions governing secret surveillance had been officially published and were accessible to the public. Although there was some dispute over the accessibility

of further provisions, the Court noted that they had been published in an official ministerial magazine and could be accessed through an online legal database, and so did not find it necessary to pursue the issue further.

(ii) Scope of application of secret surveillance measures – The nature of the offences which could give rise to an interception order was sufficiently clear. However, it was a matter of concern that domestic law allowed secret interception of communications in respect of a very wide range of offences. Furthermore, interception could be ordered not only in respect of a suspect or an accused, but also in respect of persons who might have information about an offence. While the Court had earlier found that interception measures in respect of a person possessing information about an offence might be justified under Article 8, it noted in the instant case that domestic law did not clarify who might fall into that category in practice. Nor did the law give any indication of the circumstances under which communications could be intercepted on account of events or activities endangering Russia's national, military, economic or ecological security. Instead, it left the authorities an almost unlimited discretion in determining which events or acts constituted such a threat and whether the threat was serious enough to justify secret surveillance. This created possibilities for abuse.

(iii) Duration of secret surveillance measures – While domestic law contained clear rules on the duration and renewal of interceptions, providing adequate safeguards against abuse, the relevant provisions on discontinuation of the surveillance measures did not provide sufficient guarantees against arbitrary interference.

(iv) Procedures for, *inter alia*, storing and destroying intercepted data – Domestic law contained clear rules governing the storage, use and communication of intercepted data, making it possible to minimise the risk of unauthorised access or disclosure. However, although the Court considered reasonable the six-month time-limit applicable to the storage of intercept material if the person concerned was not charged with a criminal offence, it deplored the lack of a requirement to destroy immediately any data that were not relevant to the purpose for which they were obtained. The automatic storage for six months of clearly irrelevant data could not be considered justified under Article 8.

Further, in cases where the person under surveillance was charged with a criminal offence, the trial judge had unlimited discretion under domestic law to decide whether to order the further storage or destruction of intercept material used in evidence. Ordinary citizens thus had no indication as to the circumstances in which intercept material could be stored. Domestic law was, therefore, not sufficiently clear on this point.

(v) Authorisation of interceptions – As regards the authorisation procedures, any interception of telephone or other communications had to be authorised by a court. However, judicial scrutiny was limited in scope. In particular, materials containing information about undercover agents or police informers or about the organisation

and tactics of operational-search measures could not be submitted to the judge and were therefore excluded from the court's scope of review. Thus the failure to disclose the relevant information to the courts deprived them of the power to assess whether there was a sufficient factual basis for suspecting persons in respect of whom operational-search measures were requested of a criminal offence or of activities endangering national, military, economic or ecological security. Indeed, Russian judges were not instructed to verify the existence of "reasonable suspicion" against the person concerned or to apply the "necessity" and "proportionality" tests. In addition, the relevant domestic law did not contain any requirements with regard to the content of interception requests or authorisations. As a result, courts sometimes authorised the interception of all telephone communications in an area where a criminal offence had been committed, without mentioning a specific person or telephone number. Some authorisations did not mention the duration for which interception was authorised. Such authorisations granted a very wide discretion to the law-enforcement authorities as to which communications to intercept and for how long.

Furthermore, in urgent cases it was possible to intercept communications without prior judicial authorisation for up to forty-eight hours. However, the urgent procedure did not provide sufficient safeguards to ensure that it was used sparingly and only in duly justified cases. Domestic law did not limit the use of the urgent procedure to cases involving immediate serious danger and so gave the authorities unlimited discretion to determine the situations in which it was used, thus creating possibilities for abuse. Furthermore, although under domestic law a judge had to be immediately informed of each instance of urgent interception, the judge's power was limited to authorising the extension of the interception measure beyond forty-eight hours. Russian law thus did not provide for an effective judicial review of the urgent procedure.

In sum, the authorisation procedures provided for by Russian law were not capable of ensuring that secret surveillance measures were not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration.

An added difficulty was that law-enforcement authorities generally had no obligation under domestic law to show judicial authorisation to the communications service provider before obtaining access to communications, while for their part the service providers were required to install equipment giving the authorities direct access to all users' mobile-telephone communications. The system was therefore particularly prone to abuse.

(vi) Supervision – The prohibition set out in domestic law on logging or recording interceptions made it impossible for the supervising authority to discover interceptions carried out without proper judicial authorisation. Combined with the authorities' technical ability to intercept communications directly, this

provision rendered any supervisory arrangements incapable of detecting unlawful interceptions and was therefore ineffective.

Where interceptions were carried out on the basis of proper judicial authorisation, judicial supervision was limited to the initial authorisation stage. Subsequent supervision was entrusted to the President, Parliament, the government, the Prosecutor General and competent lower-level prosecutors. Domestic law did not set out the manner in which the President, Parliament and the government were to supervise interceptions. There were no publicly available regulations or instructions describing the scope of their review, the conditions under which it could be carried out, or the procedures for reviewing the surveillance measures or remedying breaches.

While a legal framework provided, at least in theory, for some supervision by prosecutors, it was not capable in practice of providing adequate and effective guarantees against abuse. In particular:

- there were doubts about the prosecutors' independence as they were appointed and dismissed by the Prosecutor General after consultation with the regional executive authorities, and had overlapping functions as they both approved requests for interception and then supervised their implementation;
- there were limits to the scope of their supervision (prosecutors had no information about the work of undercover agents and surveillance measures related to counter-intelligence escaped their supervision, as the persons concerned would be unaware they were subject to surveillance and were thus unable to lodge a complaint);
- there were limits to their powers; for example, even though they could take measures to stop or remedy breaches and to bring those responsible to account, there was no specific provision requiring destruction of unlawfully obtained intercept material;
- their supervision was not open to public scrutiny and knowledge, as their reports were not published or otherwise accessible to the public;
- the Government had not submitted any inspection reports or decisions by prosecutors ordering the taking of measures to stop or remedy a detected breach of law.

(vii) Notification of interception and available remedies – Persons whose communications were intercepted were not notified. Unless criminal proceedings were opened against the interception subject and the intercepted data was used in evidence, the person concerned was unlikely ever to find out if his communications had been intercepted.

Persons who did somehow find out could request information about the data concerned. However, in order to lodge such a request they had to be in possession of the facts of the operational-search measures to which they were subjected. Access to information was thus conditional on a person's ability to prove that his communications had been intercepted. Furthermore, interception subjects were not entitled to obtain access to documents relating to the interception of their

communications; they were at best entitled to receive “information” about the collected data. Such information was provided only in very limited circumstances, namely if the person’s guilt had not been proved in accordance with the law and the information did not contain State secrets. Since, under Russian law, information about the facilities used in operational-search activities, the methods employed, the officials involved and the data collected constituted a State secret, the possibility of obtaining information about interceptions appeared ineffective.

The judicial remedies referred to by the Government were available only to persons in possession of information about the interception of their communications. Their effectiveness was therefore undermined by the absence of a requirement to notify the interception subject or of an adequate possibility of requesting and obtaining information about interceptions from the authorities. Accordingly, Russian law did not provide an effective judicial remedy against secret surveillance measures in cases where no criminal proceedings were brought against the interception subject.

In sum, the domestic legal provisions governing the interception of communications did not provide adequate and effective guarantees against arbitrariness and the risk of abuse. Domestic law did not meet the “quality of law” requirement and was incapable of keeping the “interference” to what was “necessary in a democratic society”.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: Finding of a violation constituted sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage.

Case-law cited by the Court

- Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, ECHR 2000-II
Ananyev and Others v. Russia, nos. 42525/07 and 60800/08, 10 January 2012
Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev v. Bulgaria, no. 62540/00, 28 June 2007
Avanesyan v. Russia, no. 41152/06, 18 September 2014
Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania [GC], no. 47848/08, ECHR 2014
Chahal v. the United Kingdom, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V
Christie v. the United Kingdom, no. 21482/93, Commission decision of 27 June 1994, *Decisions and Reports* 78-A
Dumitru Popescu v. Romania (no. 2), no. 71525/01, 26 April 2007
Esbester v. the United Kingdom, no. 18601/91, Commission decision of 2 April 1993, unreported
Greuter v. the Netherlands (dec.), no. 40045/98, 19 March 2002
Halford v. the United Kingdom, 25 June 1997, *Reports* 1997-III
Huwig v. France, 24 April 1990, Series A no. 176-B
Iliya Stefanov v. Bulgaria, no. 65755/01, 22 May 2008

- Iordachi and Others v. Moldova*, no. 25198/02, 10 February 2009
Kennedy v. the United Kingdom, no. 26839/05, 18 May 2010
Khan v. the United Kingdom, no. 35394/97, ECHR 2000-V
Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, Series A no. 28
Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 4), no. 72331/01, 9 November 2006
Kvasnica v. Slovakia, no. 72094/01, 9 June 2009
L. v. Norway, no. 13564/88, Commission decision of
8 June 1990, Decisions and Reports 65
Leander v. Sweden, 26 March 1987, Series A no. 116
Liberty and Others v. the United Kingdom, no. 58243/00, 1 July 2008
Liu v. Russia, no. 42086/05, 6 December 2007
Malone v. the United Kingdom, 2 August 1984, Series A no. 82
Matthews v. the United Kingdom, no. 28576/95, Commission
decision of 16 October 1996, unreported
Menchinskaya v. Russia, no. 42454/02, 15 January 2009
N.C. v. Italy [GC], no. 24952/94, ECHR 2002-X
Prado Bugallo v. Spain, no. 58496/00, 18 February 2003
Redgrave v. the United Kingdom, no. 20271/92, Commission
decision of 1 September 1993, unreported
Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, ECHR 2000-V
S. and Marper v. the United Kingdom [GC],
nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008
Valenzuela Contreras v. Spain, 30 July 1998, *Reports* 1998-V
Weber and Saravia v. Germany (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI

In the case of Roman Zakharov v. Russia,

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

Dean Spielmann, *President*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Luis López Guerra,
Khanlar Hajiyev,
Angelika Nußberger,
Julia Laffranque,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki,
Paul Lemmens,
Helena Jäderblom,
Faris Vehabović,
Ksenija Turković,
Dmitry Dedov, *judges*,

and Lawrence Early, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 24 September 2014 and 15 October 2015,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 47143/06) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Russian national, Mr Roman Andreyevich Zakharov (“the applicant”), on 20 October 2006.

2. The applicant was initially represented by Mr B. Gruzd, a lawyer practising in St Petersburg. He was subsequently represented by lawyers of the Memorial Human Rights Centre and the European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC), non-governmental organisations based in Moscow. The Russian Government (“the Government”) were represented by Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights.

3. The applicant alleged that the system of secret interception of mobile-telephone communications in Russia violated his right to respect for

his private life and correspondence, and that he did not have any effective remedy in that respect.

4. On 19 October 2009 notice of the application was given to the Government.

5. On 11 March 2014 a Chamber of the First Section, to which the case had been allocated (Rule 52 § 1 of the Rules of Court), composed of Isabelle Berro, President, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos, Erik Møse, Ksenija Turković, Dmitry Dedov, 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).

6. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 24 September 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

Mr G. Matyushkin, Representative of the Russian Federation at the European Court of Human Rights, *Agent*,
 Ms O. Sirotkina,
 Ms I. Korieva,
 Ms O. Iurchenko,
 Mr O. Afanasev,
 Mr A. Lakov, *Advisers*;

(b) *for the applicant*

Mr P. Leach,
 Ms K. Levine,
 Mr K. Koroteev,
 Ms A. Razhikova, *Counsel*,
 Ms E. Levchishina, *Adviser*.

The Court heard addresses by Mr Matyushkin, Mr Leach, Ms Levine, Ms Razhikova and Mr Koroteev, and also replies by Mr Matyushkin and Mr Leach to questions put by judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

7. The applicant was born in 1977 and lives in St Petersburg.

8. The applicant is the editor-in-chief of a publishing company and of an aviation magazine. He is also the chairperson of the St Petersburg branch

of the Glasnost Defence Foundation, a non-governmental organisation (NGO) monitoring the state of media freedom in the Russian regions, which promotes the independence of the regional mass media, freedom of speech and respect for journalists' rights, and provides legal support, including through litigation, to journalists.

9. He subscribed to the services of several mobile-network operators.

10. On 23 December 2003 he brought judicial proceedings against three mobile-network operators, claiming that there had been an interference with his right to the privacy of his telephone communications. He claimed that pursuant to Order no. 70 (see paragraphs 115-22 below) of the State Committee for Communications and Information Technologies (the predecessor to the Ministry of Communications and Information Technologies – “the Ministry of Communications”), the mobile-network operators had installed equipment which permitted the Federal Security Service (FSB) to intercept all telephone communications without prior judicial authorisation. The applicant argued that Order no. 70, which had never been published, unduly restricted his right to privacy. He asked the court to issue an injunction ordering the removal of the equipment installed pursuant to Order no. 70, and to ensure that access to mobile-telephone communications was given to authorised persons only. The Ministry of Communications and the St Petersburg and Leningrad Region Department of the FSB were joined as a third party to the proceedings.

11. On 5 December 2005 the Vasileostrovskiy District Court of St Petersburg dismissed the applicant's claims. It found that the applicant had not proved that the mobile-network operators had transmitted any protected information to unauthorised persons or permitted the unrestricted or unauthorised interception of communications. The equipment to which he referred had been installed to enable law-enforcement agencies to conduct operational-search activities in accordance with the procedure prescribed by law. The installation of such equipment had not in itself interfered with the privacy of the applicant's communications. The applicant had failed to demonstrate any facts which would warrant a finding that his right to the privacy of his telephone communications had been violated.

12. The applicant appealed. He claimed, in particular, that the District Court had refused to accept several documents in evidence. Those documents had included two judicial orders retrospectively authorising the interception of mobile-telephone communications and an addendum to the standard service-provider agreement issued by one of the mobile-network operators. One of the judicial orders in question, issued on 8 October 2002, authorised the interception of several people's mobile-telephone communications during the periods from 1 to 5 April, 19 to 23 June, 30 June to 4 July and 16 to 20 October 2001. The other judicial order, issued on 18 July 2003,

authorised the interception of a Mr E.'s mobile-telephone communications during the period from 11 April to 11 October 2003. As to the addendum, it informed the subscriber that if his number were used to make terrorist threats, the mobile-network operator might suspend the provision of the telephone service and transfer the collected data to the law-enforcement agencies. In the applicant's opinion, the judicial orders and the addendum proved that the mobile-network operators and law-enforcement agencies were technically capable of intercepting all telephone communications without obtaining prior judicial authorisation, and routinely resorted to unauthorised interception.

13. On 26 April 2006 the St Petersburg City Court upheld the judgment on appeal. It confirmed the District Court's finding that the applicant had failed to prove that his telephone communications had been intercepted. Nor had he shown that there was a danger that his right to the privacy of his telephone communications might be unlawfully infringed. To establish the existence of such a danger, the applicant would have had to prove that the respondents had acted unlawfully. However, mobile-network operators were required by law to install equipment enabling law-enforcement agencies to perform operational-search activities and the existence of that equipment did not in itself interfere with the privacy of the applicant's communications. The refusal to admit the judicial orders of 8 October 2002 and 18 July 2003 in evidence had been lawful, as the judicial orders had been issued in respect of third persons and were irrelevant to the applicant's case. The City Court further decided to admit in evidence and examine the addendum to the service-provider agreement, but found that it did not contain any information warranting reconsideration of the District Court's judgment.

14. It can be seen from a document submitted by the applicant that in January 2007 an NGO, Civilian Control, asked the Prosecutor General's Office to carry out an inspection of the Ministry of Communications' Orders in the sphere of interception of communications in order to verify their compatibility with federal laws. In February 2007 an official from the Prosecutor General's Office telephoned Civilian Control and asked for copies of the unpublished attachments to Order no. 70, saying that it had been unable to obtain them from the Ministry of Communications. In April 2007 the Prosecutor General's Office refused to carry out the requested inspection.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Right to respect for private life and correspondence

15. The Constitution guarantees to everyone the right to respect for his private life, personal and family secrets and the right to defend his

honour and reputation (Article 23 § 1). It further guarantees the right to respect for correspondence and telephone, postal, telegraph and other communications. That right may be restricted only on the basis of a court order (Article 23 § 2).

16. The Constitution also stipulates that it is not permissible to collect, store, use or disseminate information about a person's private life without his consent. State and municipal authorities must ensure that any person has access to documents and materials affecting his rights and freedoms, except where the law provides otherwise (Article 24).

17. The Communications Act of 7 July 2003 (no. 126-FZ) guarantees the privacy of postal, telegraphic and other forms of communication transmitted by means of telecommunications networks or mail services. Restrictions on the privacy of communications are permissible only in cases specified in federal laws (section 63(1)). The interception of communications is subject to prior judicial authorisation, except in cases specified in federal laws (section 63(3)).

18. On 2 October 2003, in its decision no. 345-O, the Constitutional Court held that the right to privacy of telephone communications covered all data transmitted, stored or discovered by means of telephone equipment, including non-content-based data, such as information about the incoming and outgoing connections of a specified subscriber. The monitoring of such data was also subject to prior judicial authorisation.

B. Responsibility for breach of privacy

19. The unauthorised collection or dissemination of information about the private or family life of a person without his consent, where it is committed out of mercenary or other personal interest and is damaging to the rights and lawful interests of citizens, is punishable by a fine, correctional labour or a custodial sentence of up to four months. The same actions committed by an official using his position are punishable by a fine, a prohibition on occupying certain positions or a custodial sentence of up to six months (Article 137 of the Criminal Code).

20. Any breach of citizens' right to the privacy of their postal, telegraphic, telephone or other forms of communication is punishable by a fine or correctional labour. The same act committed by an official using his position is punishable by a fine, a prohibition on occupying certain positions or a custodial sentence of up to four months (Article 138 of the Criminal Code).

21. Abuse of power by an official, where it is committed out of mercenary or other personal interest and entails a substantial violation of an individual's or a legal entity's rights and lawful interests, is punishable

by a fine, a prohibition on occupying certain posts or engaging in certain activities for a period of up to five years, correctional labour for a period of up to four years or imprisonment for a period ranging from four months to four years (Article 285 § 1 of the Criminal Code).

22. Actions by a public official which clearly exceed his authority and entail a substantial violation of an individual's or a legal entity's rights and lawful interests, are punishable by a fine, a prohibition on occupying certain posts or engaging in certain activities for a period of up to five years, correctional labour for a period of up to four years or imprisonment for a period ranging from four months to four years (Article 286 § 1 of the Criminal Code).

23. Ruling no. 19 of 16 October 2009 by the Plenary Supreme Court provides that for the purposes of Articles 285 and 286 of the Criminal Code "a substantial violation of an individual's or a legal entity's rights and lawful interests" means a violation of the rights and freedoms guaranteed by the generally established principles and provisions of international law and the Constitution of the Russian Federation – such as the right to respect for a person's honour and dignity, private or family life, correspondence, telephone, postal, telegraph and other communications, the inviolability of the home, etc. In assessing whether the violation was "substantial" in respect of a legal entity, it is necessary to take into account the extent of the damage sustained as a result of the unlawful act, the nature and the amount of the pecuniary damage, the number of persons affected and the gravity of the physical, pecuniary or non-pecuniary damage inflicted on them (paragraph 18 (2)).

24. Criminal proceedings are opened if there are sufficient facts showing that a criminal offence has been committed (Article 140 § 2 of the Code of Criminal Procedure).

C. General provisions on interception of communications

25. The interception of communications is governed by the Operational-Search Activities Act of 12 August 1995 (no. 144-FZ – "the OSAA"), applicable to the interception of communications both in the framework of criminal proceedings and outside such framework; and the Code of Criminal Procedure of 18 December 2001 (no. 174-FZ, in force since 1 July 2002 – "the CCrP"), applicable only to the interception of communications in the framework of criminal proceedings.

26. The aims of operational-search activities are (a) the detection, prevention, suppression and investigation of criminal offences and the identification of persons conspiring to commit, committing, or having committed a criminal offence; (b) the tracing of fugitives from justice

and missing persons; (c) obtaining information about events or activities endangering the national, military, economic or ecological security of the Russian Federation (section 2 of the OSAA). On 25 December 2008 that section was amended and a further aim, that of obtaining information about property subject to confiscation, was added.

27. State officials and agencies performing operational-search activities must show respect for the private and family life, home and correspondence of citizens. It is prohibited to perform operational-search activities to achieve aims or objectives other than those specified in the Act (section 5(1) and (2) of the OSAA).

28. State officials and agencies may not (a) conduct operational-search activities in the interest of political parties, non-profit or religious organisations; (b) conduct secret operational-search activities in respect of federal, regional or municipal authorities, political parties, or non-profit or religious organisations with the aim of influencing their activities or decisions; (c) disclose to anyone the data collected in the course of the operational-search activities if those data concern the private or family life of citizens or damage their reputation or good name, except in cases specified in federal laws; (d) incite, induce or entrap anyone to commit a criminal offence; (e) or falsify the results of operational-search activities (section 5(8) of the OSAA).

29. Operational-search activities include, *inter alia*, the interception of postal, telegraphic, telephone and other forms of communication and the collection of data from technical channels of communication. The Act stipulates that audio and video-recording, photography, filming and other technical means may be used during operational-search activities, provided that they are not harmful to the life or health of those involved or to the environment. Operational-search activities involving the interception of postal, telegraphic, telephone and other forms of communication and collection of data from technical channels of communication using equipment installed by communications service providers is carried out by technical means by the FSB and the agencies of the Ministry of the Interior, in accordance with decisions and agreements signed between the agencies involved (section 6 of the OSAA).

30. Presidential Decree no. 891 of 1 September 1995 provides that the interception of postal, telegraphic or other communications is to be carried out by the FSB in the interests and on behalf of all law-enforcement agencies (paragraph 1). In situations where the FSB does not have available the necessary technical equipment, interceptions may be carried out by the agencies of the Ministry of the Interior in the interests and on behalf of all law-enforcement agencies (paragraph 2). Similar provisions are contained

in paragraphs 2 and 3 of Order no. 538, issued by the government on 27 August 2005.

D. Situations that may give rise to interception of communications

31. Operational-search activities involving interference with the constitutional right to the privacy of postal, telegraphic and other communications transmitted by means of a telecommunications network or mail services, or within the privacy of the home, may be conducted following the receipt of information (a) that a criminal offence has been committed, is being committed, or is being plotted; (b) about persons conspiring to commit, or committing, or having committed a criminal offence; or (c) about events or activities endangering the national, military, economic or ecological security of the Russian Federation (section 8(2) of the OSAA).

32. The OSAA provides that interception of telephone and other communications may be authorised only in cases where a person is suspected of, or charged with, a criminal offence of medium severity, a serious offence or an especially serious criminal offence, or may have information about such an offence (section 8(4) of the OSAA). The CCrP also provides that interception of telephone and other communications of a suspect, an accused or other person may be authorised if there are reasons to believe that they may contain information relevant for the criminal case in respect of a criminal offence of medium severity, a serious offence or an especially serious criminal offence (Article 186 § 1 of the CCrP).

33. Article 15 of the Criminal Code provides that “offences of medium severity” are premeditated offences for which the Criminal Code prescribes a maximum penalty of between three and five years’ imprisonment and unpremeditated offences for which the Criminal Code prescribes a maximum penalty of more than three years’ imprisonment. “Serious offences” are premeditated offences for which the Criminal Code prescribes a maximum penalty of between five and ten years’ imprisonment. “Especially serious offences” are premeditated offences for which the Code prescribes a maximum penalty of more than ten years’ imprisonment or a harsher penalty.

E. Authorisation procedure and time-limits

1. Operational-Search Activities Act

34. Operational-search measures involving interference with the constitutional right to the privacy of postal, telegraphic and other communications transmitted by means of a telecommunications network or mail services or within the privacy of the home – such as an inspection of

premises or buildings, an interception of postal, telegraphic, telephone and other forms of communication or a collection of data from technical channels of communication – require prior judicial authorisation (section 8(2) of the OSAA).

35. In urgent cases where there is an immediate danger that a serious or especially serious offence may be committed or where there is information about events or activities endangering national, military, economic or ecological security, the operational-search measures specified in section 8(2) may be conducted without prior judicial authorisation. In such cases a judge must be informed within twenty-four hours of the commencement of the operational-search activities. If judicial authorisation has not been obtained within forty-eight hours of the commencement of the operational-search activities, those activities must be stopped immediately (section 8(3) of the OSAA).

36. The examination of requests to take measures involving interference with the constitutional right to the privacy of correspondence and telephone, postal, telegraphic and other communications transmitted by means of telecommunications networks or mail services, or with the right to privacy of the home, falls within the competence of a court in the locality where the requested measure is to be carried out or in the locality where the requesting body is located. The request must be examined immediately by a single judge (section 9(1) of the OSAA).

37. The judge takes a decision on the basis of a reasoned request by the head of one of the agencies competent to perform operational-search activities. Relevant supporting materials, except materials containing information about undercover agents or police informers or about the organisation and tactics of operational-search measures, may also be produced at the judge's request (section 9(2) and (3) of the OSAA).

38. The judge examining the request shall decide whether to authorise measures involving interference with the above-mentioned constitutional rights, or to refuse authorisation, giving reasons. The judge must specify the period of time for which the authorisation is granted, which shall not normally exceed six months. If necessary, the judge may extend the authorised period after a fresh examination of all the relevant materials (section 9(4) and (5) of the OSAA).

39. The judicial decision authorising operational-search activities and the materials that served as a basis for that decision must be held in the exclusive possession of the State agency performing the operational-search activities (section 12(3) of the OSAA).

40. On 14 July 1998 the Constitutional Court, in its decision no. 86-O, dismissed as inadmissible a request for a review of the constitutionality of certain provisions of the OSAA. It held, in particular, that a judge was to authorise investigative measures involving interference with constitutional

rights only if he was persuaded that such measures were lawful, necessary and justified, that is, compatible with all the requirements of the OSAA. The burden of proof was on the requesting State agency to show the necessity of the measures. Supporting materials were to be produced to the judge at his request. Given that some of those materials might contain State secrets, only judges with the necessary level of security clearance could examine authorisation requests. Further, relying on the need to keep the surveillance measures secret, the Constitutional Court held that the principles of a public hearing and adversarial proceedings were not applicable to the authorisation proceedings. The fact that the person concerned was not entitled to participate in the authorisation proceedings, to be informed of the decision taken or to appeal to a higher court did not therefore violate that person's constitutional rights.

41. On 2 October 2003 the Constitutional Court, in its decision no. 345-O, held that the judge had an obligation to examine the materials submitted to him in support of a request for interception thoroughly and carefully. If the request was insufficiently substantiated, the judge could request additional information.

42. Further, on 8 February 2007 the Constitutional Court, in its decision no. 1-O, dismissed as inadmissible a request for a review of the constitutionality of section 9 of the OSAA. It found that before granting authorisation to perform operational-search measures the judge had an obligation to verify the grounds for that measure. The judicial decision authorising operational-search measures was to contain reasons and to refer to specific grounds for suspecting that a criminal offence had been committed, was being committed, or was being plotted or that activities endangering national, military, economic or ecological security were being carried out, and that the person in respect of whom operational-search measures were requested was involved in those criminal or otherwise dangerous activities.

43. On 15 July 2008 the Constitutional Court, in its decision no. 460-O-O, dismissed as inadmissible a request for a review of the constitutionality of sections 5, 11 and 12 of the OSAA. The Constitutional Court found that a person whose communications had been intercepted was entitled to lodge a supervisory-review complaint against the judicial decision authorising the interception. The fact that he had no copy of that decision did not prevent him from lodging the supervisory-review complaint, because the relevant court could request it from the competent authorities.

2. Code of Criminal Procedure

44. Investigative measures involving a search in a person's home or interception of his telephone calls and other communications are subject

to prior judicial authorisation. A request to search a person's home or intercept his communications must be submitted by an investigator with a prosecutor's approval and must be examined by a single judge within twenty-four hours. The prosecutor and the investigator are entitled to attend. The judge examining the request shall decide whether to authorise the requested measure, or to refuse authorisation, giving reasons (Article 165 of the CCrP).

45. A court may grant authorisation to intercept the communications of a suspect, an accused or other persons if there are reasons to believe that information relevant to the criminal case may be discussed (Article 186 § 1 of the CCrP).

46. A request for authorisation to intercept communications must clearly mention (a) the criminal case to which the request is related; (b) the grounds for conducting the requested measures; (c) the family name, the first name and the patronymic of the person whose communications are to be intercepted; (d) the duration of the requested measure; and (e) the State agency that will perform the interception (Article 186 § 3 of the CCrP)

47. The judicial decision authorising interception of communications must be forwarded by the investigator to the State agency charged with its implementation. The interception of communications may be authorised for a period not exceeding six months, and is discontinued by the investigator when it is no longer necessary. It must in any case be discontinued when the investigation has been completed (Article 186 §§ 4 and 5 of the CCrP).

48. A court may also authorise the monitoring of communications data relating to a person's telephone or wireless connections if there are sufficient reasons to believe that such data may be relevant to a criminal case. A request for authorisation must contain the same elements referred to in paragraph 46 above. A copy of the judicial decision authorising the monitoring of a person's communications-related data is forwarded by the investigator to the relevant communications service provider, which must then submit the requested data to the investigator on a regular basis, and at least once a week. The monitoring of communications data may be authorised for a period not exceeding six months, and is discontinued by the investigator when it is no longer necessary. It must in any case be discontinued when the investigation has been completed (Article 186.1 of the CCrP, added on 1 July 2010).

F. Storage, use and destruction of collected data

1. Storage of collected data

49. Section 10 of the OSAA stipulates that law-enforcement agencies performing operational-search activities may create and use databases or

open personal files. The personal file must be closed when the aims specified in section 2 of the Act have been achieved or if it has been established that it is impossible to achieve them.

50. In its decision of 14 July 1998 (see paragraph 40 above), the Constitutional Court noted, as regards the possibility provided by section 10 for law-enforcement agencies conducting operational-search activities to create databases or open personal files, that only the data relating to the prevention or investigation of criminal offences could be entered into such databases or personal files. Given that criminal activities did not fall within the sphere of private life, collection of information about such criminal activities did not interfere with the right to respect for private life. If information about a person's criminal activities entered into a file was not subsequently confirmed, the personal file had to be closed.

51. Records of intercepted telephone and other communications must be sealed and stored under conditions excluding any risk of their being listened to or copied by unauthorised persons (section 8(4) of the OSAA).

52. Information about the facilities used in operational-search activities, the methods employed, the officials involved and the data collected constitutes a State secret. It may be declassified only pursuant to a special decision of the head of the State agency performing the operational-search activities (section 12(1) of the OSAA and section 5(4) of Law no. 5485-I of 21 July 1993 – “the State Secrets Act”).

53. Materials containing State secrets should be clearly marked with the following information: degree of secrecy, the State agency which has taken the decision to classify them, registration number, and the date or conditions for declassifying them (section 12 of the State Secrets Act).

2. Use of collected data and conditions for their disclosure

54. Information containing State secrets may be disclosed to another State authority, an organisation or an individual only subject to authorisation by the State authority which took the decision to classify that information. It may be disclosed only to State authorities or organisations holding a special license or to individuals with the required level of security clearance. The State authority or organisation to which classified information is disclosed must ensure that that information is adequately protected. The head of such State authority or organisation is personally responsible for protecting the classified information against unauthorised access or disclosure (sections 16 and 17 of the State Secrets Act).

55. A license to access State secrets may be issued to an organisation or a company only after it has been confirmed that it has specific internal departments charged with data protection, that its employees are qualified

to work with classified information and that it uses approved systems of data protection (section 27 of the State Secrets Act).

56. Security clearance is granted only to those State officials who genuinely need it for the performance of their duties. It is also granted to judges for the period of their service and to counsel participating in a criminal case if the case file contains materials involving State secrets. Anyone who has been granted security clearance must give a written undertaking not to disclose the classified information entrusted to him (paragraphs 7, 11 and 21 of Regulation no. 63 of 6 February 2010 of the government of the Russian Federation).

57. The head of the State authority or organisation in possession of information containing State secrets is responsible for giving State officials and other authorised persons access to that information. He must ensure that only the information that the recipient needs for the performance of his duties is disclosed (section 25 of the State Secrets Act).

58. If the data collected in the course of operational-search activities contain information about the commission of a criminal offence, that information, together with all the necessary supporting material such as photographs and audio or video-recordings, must be sent to the competent investigation authorities or a court. If the information was obtained as a result of operational-search measures involving interference with the right to the privacy of postal, telegraphic and other communications transmitted by means of a telecommunications network or mail services, or with the privacy of the home, it must be sent to the investigation or prosecution authorities together with the judicial decision authorising those measures. The information must be transmitted in accordance with the special procedure for handling classified information, unless the State agency performing operational-search activities has decided to declassify it (paragraphs 1, 12, 14 and 16 of Order no. 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 of 27 September 2013 by the Ministry of the Interior).

59. If the person whose telephone or other communications were intercepted is charged with a criminal offence, the records are to be given to the investigator and attached to the criminal case file. Their further use and storage are governed by criminal procedural law (section 8(5) of the OSAA).

60. Data collected as a result of operational-search activities may be used for the preparation and conduct of the investigation and court proceedings and used as evidence in criminal proceedings in accordance with the legal provisions governing the collection, evaluation and assessment of evidence. The decision to transfer the collected data to other law-enforcement agencies or to a court is taken by the head of the State agency performing the operational-search activities (section 11 of the OSAA).

61. If the interception was authorised in the framework of criminal proceedings, the investigator may obtain the records from the agency

conducting it at any time during the authorised period of interception. The records must be sealed and must be accompanied by a cover letter indicating the dates and time of the beginning and end of the recorded communications, as well as the technical means used to intercept them. Recordings must be listened to by the investigator in the presence of attesting witnesses, an expert (where necessary) and the persons whose communications have been intercepted. The investigator must draw up an official report containing a verbatim transcription of those parts of the recorded communications that are relevant to the criminal case (Article 186 §§ 6 and 7 of the CCrP). On 4 March 2013 Article 186 § 7 was amended and the requirement of the presence of attesting witnesses was deleted.

62. Recordings and communications-related data that have been collected are to be attached to the criminal case file. They must be sealed and stored under conditions excluding any risk of their being listened to or copied by unauthorised persons (Article 186 § 8 of the CCrP and Article 186.1, added on 1 July 2010).

63. The results of operational-search activities involving a restriction on the right to respect for correspondence, telephone, postal, telegraph or other communications may be used as evidence in criminal proceedings only if they have been obtained pursuant to a court order and if the operational-search activities have been carried out in accordance with the law on criminal procedure (paragraph 14 of Ruling no. 8 of 31 October 1995 by the Plenary Supreme Court of the Russian Federation).

64. It is prohibited to use in evidence data obtained as a result of operational-search activities that do not comply with the admissibility-of-evidence requirements of the CCrP (Article 89 of the CCrP). Evidence obtained in breach of the CCrP shall be inadmissible. Inadmissible evidence shall have no legal force and cannot be relied on as grounds for criminal charges or for proving any of the circumstances for which evidence is required in criminal proceedings. If a court decides to exclude evidence, that evidence shall have no legal force and cannot be relied on in a judgment or other judicial decision, or be examined or used during the trial (Articles 75 and 235 of the CCrP).

3. Destruction of collected data

65. The data collected in the course of operational-search activities in respect of a person whose guilt has not been proved in accordance with the procedure prescribed by law must be stored for a year and then destroyed, unless those data are needed in the interests of the authority or of justice. Audio-recordings and other materials collected as a result of intercepting telephone or other communications must be stored for six months and then

destroyed if the person has not been charged with a criminal offence. The judge who authorised the interception must be informed of the scheduled destruction three months in advance (section 5(7) of the OSAA).

66. If the person has been charged with a criminal offence, at the end of the criminal proceedings the trial court takes a decision on the further storage or destruction of the data used in evidence. The destruction must be recorded in a report to be signed by the head of the investigation authority and included in the case file (Article 81 § 3 of the CCrP and paragraph 49 of Order no. 142 of 30 September 2011 of the Investigations Committee).

G. Supervision of interception of communications

67. The heads of the agencies conducting operational-search activities are personally responsible for the lawfulness of all operational-search activities (section 22 of the OSAA).

68. Overall supervision of operational-search activities is exercised by the President, Parliament and the government of the Russian Federation within the limits of their competence (section 20 of the OSAA).

69. The Prosecutor General and competent lower-level prosecutors may also exercise supervision over operational-search activities. At the request of a competent prosecutor, the head of a State agency performing operational-search activities must produce operational-search materials, including personal files, information on the use of technical equipment, registration logs and internal instructions. Materials containing information about undercover agents or police informers may be disclosed to the prosecutor only with the agent's or informer's consent, except in cases of criminal proceedings against them. The head of a State agency may be held liable in accordance with the law for failure to comply with the prosecutor's request. The prosecutor must ensure the protection of the data contained in the materials produced (section 21 of the OSAA).

70. The Prosecutors' Office Act (Federal Law no. 2202-I of 17 January 1992) provides that the Prosecutor General is to be appointed or dismissed by the Federation Council (the upper house of Parliament) on proposal by the President (section 12). Lower-level prosecutors are to be appointed by the Prosecutor General after consultation with the regional executive authorities (section 13). To be appointed as a prosecutor the person must be a Russian citizen and must have a Russian law degree (section 40.1).

71. In addition to their prosecuting functions, prosecutors are responsible for supervising whether the administration of detention facilities, bailiffs' activities, operational-search activities and criminal investigations are in compliance with the Russian Constitution and Russian laws (section 1).

Prosecutors also coordinate the activities of all law-enforcement authorities in combatting crime (section 8).

72. As regards supervision of operational-search activities, prosecutors may review whether measures taken in the course of operational-search activities are lawful and respectful of human rights (section 29). Prosecutors' orders made in the context of such supervision must be complied with within the time-limit set. Failure to comply may result in liability in accordance with the law (section 6).

73. Prosecutors may also examine complaints of breaches of the law and give a reasoned decision on each complaint. Such a decision does not prevent the complainant from bringing the same complaint before a court. If a prosecutor discovers a breach of the law, he must take measures to bring the responsible persons to account (section 10).

74. The Federal Security Service Act of 3 April 1995 (no. 40-FZ – “the FSB Act”) provides that information about the security services' undercover agents, as well as about the tactics, methods and means used by them is outside the scope of supervision by prosecutors (section 24).

75. The procedures for prosecutors' supervision of operational-search activities have been set out in Order no. 33, issued by the Prosecutor General's Office on 15 February 2011.

76. Order no. 33 provides that a prosecutor may carry out routine inspections of agencies carrying out operational-search activities, as well as *ad hoc* inspections following a complaint by an individual or receipt of information about potential violations. Operational-search activities performed by the FSB in the sphere of counterintelligence may be inspected only following an individual complaint (paragraph 5 of Order no. 33).

77. During the inspection the prosecutor must verify compliance with the following requirements:

- observance of citizens' constitutional rights, such as the right to respect for private and family life, home, correspondence, telephone, postal, telegraph and other communications;
- that the measures taken in the course of operational-search activities are lawful and justified, including those measures that have been authorised by a court (paragraphs 4 and 6 of Order no. 33).

78. During the inspection the prosecutor must study the originals of the relevant operational-search materials, including personal files, information on the use of technical equipment, registration logs and internal instructions, and may request explanations from competent officials. The prosecutors must protect the sensitive data entrusted to them from unauthorised access or disclosure (paragraphs 9 and 12 of Order no. 33).

79. If a prosecutor identifies a breach of the law, he must request the official responsible for it to remedy the breach. He must also take measures to

stop and remedy violations of citizens' rights and to bring those responsible to liability (paragraphs 9 and 10 of Order no. 33). A State official who refuses to comply with a prosecutor's orders may be brought to account in accordance with the law (paragraph 11).

80. The prosecutors responsible for supervision of operational-search activities must submit six-monthly reports detailing the results of the inspections to the Prosecutor General's Office (paragraph 15 of Order no. 33). A report form to be filled in by prosecutors is attached to Order no. 33. The form indicates that it is confidential. It contains two sections, both in table format. The first section concerns inspections carried out during the reference period and contains information about the number of inspections, number of files inspected and number of breaches detected. The second section concerns citizens' complaints and contains information about the number of complaints examined and granted.

H. Access by individuals to data collected about them in the course of interception of communications

81. Russian law does not provide that a person whose communications are intercepted must be notified at any point. However, a person who is in possession of the facts of the operational-search measures to which he was subjected and whose guilt has not been proved in accordance with the procedure prescribed by law, that is, he has not been charged or the charges have been dropped on the ground that the alleged offence was not committed or that one or more elements of a criminal offence were missing, is entitled to receive information about the data collected in the course of the operational-search activities, to the extent compatible with the requirements of operational confidentiality (*конспирации*) and excluding data which could enable State secrets to be disclosed (section 5(4), (5) and (6) of the OSAA).

82. In its decision of 14 July 1998 (cited in paragraph 40 above), the Constitutional Court noted that any person who was in possession of the facts of the operational-search measures to which he had been subjected was entitled to receive information about the data collected in the course of those activities, unless those data contained State secrets. Under section 12 of the OSAA, data collected in the course of operational-search activities – such as information about criminal offences and the persons involved in their commission – were a State secret. However, information about breaches of citizens' rights or unlawful acts on the part of the authorities could not be classified as a State secret and should be disclosed. Section 12 could not therefore serve as a basis for refusing access to information affecting a person's rights, provided that such information did not concern the aims of,

or the grounds for, the operational-search activities. In view of the above, the fact that, pursuant to the contested Act, a person was not entitled to be granted access to the entirety of the data collected about him did not constitute a violation of that person's constitutional rights.

I. Judicial review

1. General provisions on judicial review of interception of communications as established by the OSAA

83. A person claiming that his rights have been or are being violated by a State official performing operational-search activities may complain to the official's superior, a prosecutor or a court. If a citizen's rights were violated in the course of operational-search activities by a State official, the official's superior, a prosecutor or a court must take measures to remedy the violation and compensate the damage (section 5(3) and (9) of the OSAA).

84. If a person was refused access to information about the data collected about him in the course of operational-search activities, he is entitled to know the reasons for the refusal of access and may appeal against the refusal to a court. The burden of proof is on the law-enforcement authorities to show that the refusal of access is justified. To ensure a full and thorough judicial examination, the law-enforcement agency responsible for the operational-search activities must produce, at the judge's request, operational-search materials containing information about the data to which access was refused, with the exception of materials containing information about undercover agents or police informers. If the court finds that the refusal to grant access was unjustified, it may compel the law-enforcement agency to disclose the materials to the person concerned (section 5(4), (5) and (6) of the OSAA).

85. In its decision of 14 July 1998 (cited in paragraph 40 above), the Constitutional Court noted that a person who learned that he had been subjected to operational-search activities and believed that the actions of State officials had violated his rights was entitled, under section 5 of the OSAA, to challenge before a court the grounds for conducting such activities, as well as the specific actions performed by the competent authorities in the course of such activities, including in those cases where they had been authorised by a court.

86. As regards procedural matters, the Constitutional Court held that in proceedings in which the grounds for the operational-search activities or the actions of the competent authorities conducting such activities were challenged, as well as proceedings against the refusal to give access to the data collected, the law-enforcement authorities were to submit to the judge, at his request, all relevant operational-search materials, except materials containing information about undercover agents or police informers.

87. A person wishing to complain about interception of his communications may lodge a judicial-review complaint under Article 125 of the CCrP, a judicial-review complaint under Chapter 25 of the Code of Civil Procedure and Law no. 4866-1 of 27 April 1993 on judicial review of decisions and acts violating citizens' rights and freedoms ("the Judicial Review Act"), which were repealed and replaced on 15 September 2015 by the Code of Administrative Procedure, or a civil tort claim under Article 1069 of the Civil Code.

2. A judicial-review complaint under Article 125 of the CCrP

88. The Plenary Supreme Court in its Ruling no. 1 of 10 February 2009 held that actions of officials or State agencies conducting operational-search activities at the request of an investigator could be challenged in accordance with the procedure prescribed by Article 125 of the CCrP (paragraph 4). Complaints lodged under that Article may be examined only while the criminal investigation is pending. If the case has already been transmitted to a court for trial, the judge declares the complaint inadmissible and explains to the complainant that he may raise the complaints before the relevant trial court (paragraph 9).

89. Article 125 of the CCrP provides for the judicial review of decisions and acts or failures to act by an investigator or a prosecutor which are capable of adversely affecting the constitutional rights or freedoms of the participants to criminal proceedings. The lodging of a complaint does not suspend the challenged decision or act, unless the investigator, the prosecutor, or the court decides otherwise. The court must examine the complaint within five days. The complainant, his counsel, the investigator and the prosecutor are entitled to attend the hearing. The complainant must substantiate his complaint (Article 125 §§ 1, 2, 3 and 4 of the CCrP).

90. Participants in the hearing are entitled to study all the materials submitted to the court and to submit additional materials relevant to the complaint. Disclosure of criminal-case materials is permissible only if it is not contrary to the interests of the investigation and does not breach the rights of the participants in the criminal proceedings. The judge may request the parties to produce the materials which served as the basis for the contested decision or any other relevant materials (paragraph 12 of Ruling no. 1).

91. Following the examination of the complaint, the court either declares the challenged decision, act or failure to act unlawful or unjustified and instructs the responsible official to rectify the indicated shortcoming, or dismisses the complaint (Article 125 § 5 of the CCrP). When instructing the official to rectify the indicated shortcoming, the court may not indicate

any specific measures to be taken by the official or annul or order that the official annul the decision that had been found to be unlawful or unjustified (paragraph 21 of Ruling no. 1 of 10 February 2009 of the Plenary Supreme Court of the Russian Federation).

3. A judicial-review complaint under Chapter 25 of the Code of Civil Procedure, the Judicial Review Act and the Code of Administrative Procedure

92. Ruling no. 2 of 10 February 2009 of the Plenary Supreme Court of the Russian Federation provides that complaints concerning decisions and acts of officials or agencies performing operational-search activities that may not be challenged in criminal proceedings, as well as complaints concerning a refusal of access to information about the data collected in the course of operational-search activities, may be examined in accordance with the procedure established by Chapter 25 of the Code of Civil Procedure (“the CCP”) (paragraph 7).

93. Chapter 25 of the CCP, in force until 15 September 2015, established the procedure for examining complaints against decisions and acts of officials violating citizens’ rights and freedoms, which was further detailed in the Judicial Review Act. On 15 September 2015 Chapter 25 of the CCP and the Judicial Review Act were repealed and replaced by the Code of Administrative Procedure (Law no. 21-FZ of 8 March 2015 – “the CAP”) which came into force on that date. The CAP confirmed in substance and expounded the provisions of Chapter 25 of the CCP and the Judicial Review Act.

94. The CCP, the Judicial Review Act and the CAP all provide that a citizen may lodge a complaint before a court concerning an act or decision by any State or municipal authority or official if he considers that it has violated his rights and freedoms (Article 254 of the CCP and section 1 of the Judicial Review Act). The complaint may concern any decision, act or omission which has violated the citizen’s rights or freedoms, has impeded the exercise of rights or freedoms, or has imposed a duty or liability on him (Article 255 of the CCP, section 2 of the Judicial Review Act and Article 218 § 1 of the CAP).

95. The complaint must be lodged with a court of general jurisdiction within three months of the date on which the complainant learnt of the breach of his rights. The time-limit may be extended for valid reasons (Article 254 of the CCP, sections 4 and 5 of the Judicial Review Act and Articles 218 § 5 and 219 §§ 1 and 7 of the CAP). The complaint must mention the identification number and the date of the contested decision or the date and place of commission of the contested act (Article 220 § 2 (3)

of the CAP). The claimant must submit supporting documents or explain why he is unable to submit them (Article 220 §§ 2 (8) and 3 of the CAP). If the claimant does not meet the above requirements, the judge declares the complaint inadmissible (Article 222 § 3 of the CAP).

96. The burden of proof as to the lawfulness of the contested decision, act or omission lies with the authority or official concerned. The complainant must, however, prove that his rights and freedoms were breached by the contested decision, act or omission (section 6 of the Judicial Review Act and Article 226 § 11 of the CAP).

97. Under the CCP the complaint had to be examined within ten days (Article 257 of the CCP), while under the CAP it must be examined within two months (Article 226 § 1 of the CAP). If the court finds the complaint justified, it issues a decision annulling the contested decision or act and requiring the authority or official to remedy in full the breach of the citizen's rights (Article 258 § 1 of the CCP, section 7 of the Judicial Review Act and Article 227 §§ 2 and 3 of the CAP). The court may determine the time-limit for remedying the violation and/or the specific steps which need to be taken to remedy the violation in full (paragraph 28 of Ruling no. 2 and Article 227 § 3 of the CAP). The claimant may then claim compensation in respect of pecuniary and non-pecuniary damage in separate civil proceedings (section 7 of the Judicial Review Act).

98. The court may reject the complaint if it finds that the act or decision being challenged has been taken by a competent authority or official, is lawful and does not breach the citizen's rights (Article 258 § 4 of the CCP and Articles 226 § 9 and 227 § 2 of the CAP).

99. A party to the proceedings may lodge an appeal with a higher court (Article 336 of the CCP as in force until 1 January 2012, Article 320 of the CCP as in force after 1 January 2012, and Article 228 of the CAP). The appeal decision come into force on the day of its delivery (Article 367 of the CCP as in force until 1 January 2012, Article 329 § 5 as in force after 1 January 2012, and Articles 186 and 227 § 5 of the CAP).

100. The CCP provided that a judicial decision allowing a complaint and requiring the authority or official to remedy the breach of the citizen's rights had to be dispatched to the head of the authority concerned, to the official concerned or to their superiors within three days of its entry into force (Article 258 § 2 of the CCP). The Judicial Review Act required that the judicial decision be dispatched within ten days of its entry into force (section 8). The CAP requires that the judicial decision be dispatched on the day of its entry into force (Article 227 § 7). The court and the complainant must be notified of the enforcement of the decision no later than one month

after its receipt (Article 258 § 3 of the CCP, section 8 of the Judicial Review Act and Article 227 § 9 of the CAP).

4. A tort claim under Article 1069 of the Civil Code

101. Damage caused to the person or property of a citizen shall be compensated in full by the tortfeasor. The tortfeasor is not liable for damage if he proves that the damage has been caused through no fault of his own (Article 1064 §§ 1 and 2 of the Civil Code).

102. State and municipal bodies and officials shall be liable for damage caused to a citizen by their unlawful actions or omissions (Article 1069 of the Civil Code). Irrespective of any fault by State officials, the State or regional treasury is liable for damage sustained by a citizen on account of (i) unlawful criminal conviction or prosecution; (ii) unlawful application of a preventive measure, or (iii) unlawful administrative punishment (Article 1070 of the Civil Code).

103. A court may impose on the tortfeasor an obligation to compensate for non-pecuniary damage (physical or mental suffering). Compensation for non-pecuniary damage is unrelated to any award in respect of pecuniary damage (Articles 151 § 1 and 1099 of the Civil Code). The amount of compensation is determined by reference to the gravity of the tortfeasor's fault and other significant circumstances. The court also takes into account the extent of physical or mental suffering in relation to the victim's individual characteristics (Articles 151 § 2 and 1101 of the Civil Code).

104. Irrespective of the tortfeasor's fault, non-pecuniary damage shall be compensated for if the damage was caused (i) by a hazardous device; (ii) in the event of unlawful conviction or prosecution or unlawful application of a preventive measure or unlawful administrative punishment; or (iii) through dissemination of information which was damaging to honour, dignity or reputation (Article 1100 of the Civil Code).

105. In civil proceedings a party who makes an allegation must prove that allegation, unless provided otherwise by federal law (Article 56 § 1 of the CCP).

5. A complaint to the Constitutional Court

106. The Constitutional Court Act (Law no. 1-FKZ of 21 July 1994) provides that the Constitutional Court's opinion as to whether the interpretation of a legislative provision adopted by judicial and other law-enforcement practice is compatible with the Constitution, when that opinion is expressed in a judgment, must be followed by the courts and law-enforcement authorities from the date of that judgment's delivery (section 79(5)).

J. Obligations of communications service providers

1. Obligation to protect personal data and privacy of communications

107. The Communications Act provides that communications service providers must ensure privacy of communications. Information about the communications transmitted by means of telecommunications networks or mail services, and the contents of those communications, may be disclosed only to the sender and the addressee or their authorised representatives, except in cases specified in federal laws (section 63(2) and (4) of the Communications Act).

108. Information about subscribers and the services provided to them is confidential. Information about subscribers includes their family names, first names, patronymics and nicknames for natural persons; company names and family names, first names and patronymics of company directors and employees for legal persons; subscribers' addresses, numbers and other information permitting identification of the subscriber or his terminal equipment; and data from payment databases, including information about the subscribers' communications, traffic and payments. Information about subscribers may not be disclosed to third parties without the subscriber's consent, except in cases specified in federal laws (section 53 of the Communications Act).

2. Obligation to cooperate with law-enforcement authorities

109. The Communications Act imposes an obligation on communications service providers to provide the law-enforcement agencies, in cases specified in federal laws, with information about subscribers and services received by them and any other information the agencies require in order to achieve their aims and objectives (section 64(1) of the Communications Act).

110. On 31 March 2008 the Moscow City Council discussed a proposal to introduce an amendment to section 64(1) of the Communications Act requiring law-enforcement agencies to show judicial authorisation to communications service providers when requesting information about subscribers. The representatives of the FSB and the Ministry of the Interior informed those present that judicial decisions authorising interceptions were classified documents and could not therefore be shown to communications service providers. The proposal to introduce the amendment was later rejected.

111. Communications service providers must ensure that their networks and equipment comply with the technical requirements

developed by the Ministry of Communications in cooperation with law-enforcement agencies. Communications service providers must also ensure that the methods and tactics employed by law-enforcement agencies remain confidential (section 64(2) of the Communications Act).

112. In cases specified in federal laws, communications service providers must suspend provision of service to a subscriber upon receipt of a reasoned written order by the head of a law-enforcement agency conducting operational-search activities or protecting national security (section 64(3) of the Communications Act).

113. The FSB Act requires communications service providers to install equipment permitting the FSB to carry out operational-search activities (section 15).

*3. Technical requirements for equipment to be installed
by communications service providers*

114. The main characteristics of the system of technical facilities enabling operational-search activities to be carried out (*Система технических средств для обеспечения функций оперативно-разыскных мероприятий* – “the SORM”) are outlined in a number of orders and regulations issued by the Ministry of Communications.

(a) Order no. 70

115. Order no. 70 on the technical requirements for the system of technical facilities enabling the conduct of operational-search activities using telecommunications networks, issued by the Ministry of Communications on 20 April 1999, stipulates that equipment installed by communications service providers must meet certain technical requirements, which are described in the addendums to the Order. The Order, with addendums, has been published in the Ministry of Communications’ official magazine, *SvyazInform*, distributed through subscription. It can also be accessed through a privately maintained online legal database, which reproduced it from the publication in *SvyazInform*.

116. Addendums nos. 1 and 3 describe the technical requirements for the SORM on mobile-telephone networks. They specify that interception of communications is performed by law-enforcement agencies from a remote terminal connected to the interception equipment installed by the mobile-network operators. The equipment must be capable, *inter alia*, of (a) creating databases of interception subjects, to be managed from the remote terminal; (b) intercepting communications and transmitting the data thereby obtained to the remote terminal; (c) protecting the data from unauthorised access, including by the employees of the mobile-network operator; (d)

providing access to subscriber-address databases (paragraphs 1.1 and 1.6 of Addendum no. 1).

117. More precisely, the equipment must ensure (a) interception of all the incoming and outgoing calls of the interception subject; (b) access to information about his whereabouts; (c) maintenance of interception capability where an ongoing connection is transferred between the networks of different mobile-network operators; (d) maintenance of interception capability in cases involving supplementary services, such as call forwarding, call transfer or conference calls, with the possibility of registering the number or numbers to which the call is routed; (e) collection of communications data concerning all types of connections, including fax, SMS or other; (f) access to information about the services provided to the interception subject (paragraph 2.1.2 of Addendum no. 1).

118. There are two types of interception: “total interception” and “statistical monitoring”. Total interception is the real-time interception of communications data and of the contents of all communications to or by the interception subject. Statistical monitoring is real-time monitoring of communications data only, with no interception of the content of communications. Communications data include the telephone number called, the start and end times of the connection, supplementary services used, location of the interception subject and his connection status (paragraphs 2.2 and 2.4 of Addendum no. 1).

119. The equipment installed must be capable of launching the interception of communications within thirty seconds of receiving a command from the remote terminal (paragraph 2.5 of Addendum no. 1).

120. Information about interception subjects or about the transmission of any data to the remote terminal cannot be logged or recorded (paragraph 5.4 of Addendum no. 1).

121. The remote terminal receives a password from the mobile-network operator giving it full access to the SORM. The remote terminal then changes the password so that unauthorised persons cannot gain access to the SORM. From the remote terminal, the SORM can be commanded, among others, to start interception in respect of a subscriber, interrupt or discontinue the interception, intercept a subscriber’s ongoing communication, and submit specified information about a subscriber (paragraph 3.1.2 of Addendum no. 3).

122. The remote terminal receives the following automatic notifications about the interception subjects: SMS sent or received by the interception subject, including their contents; a number being dialled; a connection being established; a connection being interrupted; use of supplementary services;

and a change in the subject's connection status or location (paragraph 3.1.4 of Addendum no. 3).

(b) Order no. 130

123. Order no. 130 on the installation procedures for technical facilities enabling the conduct of operational-search activities, issued by the Ministry of Communications on 25 July 2000, stipulated that communications service providers had to install equipment which met the technical requirements laid down in Order no. 70. The installation procedure and schedule had to be approved by the FSB (paragraph 1.4).

124. Communications service providers had to take measures to protect information regarding the methods and tactics employed in operational-search activities (paragraph 2.4)

125. Communications service providers had to ensure that any interception of communications or access to communications data was granted only pursuant to a court order and in accordance with the procedure established by the OSAA (paragraph 2.5).

126. Communications service providers did not have to be informed of interceptions in respect of their subscribers. Nor did they have to be provided with judicial orders authorising interceptions (paragraph 2.6).

127. Interceptions were carried out by the staff and technical facilities of the FSB and the agencies of the Ministry of the Interior (paragraph 2.7).

128. Paragraphs 1.4 and 2.6 of Order no. 130 were challenged by a Mr N. before the Supreme Court. Mr N. argued that the reference to Order no. 70 contained in paragraph 1.4 was unlawful, as Order no. 70 had not been published and was invalid. As to paragraph 2.6, it was incompatible with the Communications Act, which provided that communications service providers had an obligation to ensure the privacy of communications. On 25 September 2000 the Supreme Court found that the reference to Order no. 70 in paragraph 1.4 was lawful, as Order no. 70 was technical in nature and was therefore not subject to publication in a generally accessible official publication. It had therefore been published only in a specialised magazine. As to paragraph 2.6, the Supreme Court considered that it could be interpreted as requiring communications service providers to grant law-enforcement agencies access to information about subscribers without judicial authorisation. Such a requirement was, however, incompatible with the Communications Act. The Supreme Court therefore found that paragraph 2.6 was unlawful and inapplicable.

129. On 25 October 2000 the Ministry of Communications amended Order no. 130 by repealing paragraph 2.6.

130. In reply to a request for information by the NGO Civilian Control, the Ministry of Communications stated, in a letter dated 20 August 2006, that the repealing of paragraph 2.6 of Order no. 130 did not mean that communications service providers had to be informed of operational-search measures in respect of a subscriber or be provided with a copy of the relevant decision granting judicial authorisation for such surveillance.

131. Order no. 130 was repealed on 16 January 2008 (see paragraph 134 below).

(c) Order no. 538

132. Order no. 538 on cooperation between communications service providers and law-enforcement agencies, issued by the government on 27 August 2005, provides that communications service providers must be diligent in updating databases containing information about subscribers and the services provided to them. That information must be stored for three years. Law-enforcement agencies must have remote access to the databases at all times (paragraph 12).

133. Databases must contain the following information about subscribers: (a) first name, patronymic and family name, home address and passport number for natural persons; (b) company name, address and list of persons having access to the terminal equipment with their names, patronymics and family names, home addresses and passport numbers for legal persons; (c) information about connections, traffic and payments (paragraph 14).

(d) Order no. 6

134. Order no. 6 on requirements for telecommunications networks concerning the conduct of operational-search activities, Part I, issued by the Ministry of Communications on 16 January 2008, replaced Order no. 130.

135. It retained the requirement that communications service providers had to ensure transmission to the relevant law-enforcement agency's remote terminal of information about (a) subscribers' numbers and identification codes, and (b) the contents of their communications. The information must be transmitted in real time following a request from the remote terminal. Communications service providers must also ensure that the subscriber's location is identified (paragraphs 2, 3 and 5).

136. The remote terminal must have access to databases containing information about subscribers, including their numbers and identification codes (paragraphs 7 and 8).

137. Communications service providers must ensure that the interception subject remains unaware of the interception of his communications.

Information about ongoing or past interceptions must be protected from unauthorised access by the employees of the communications service providers (paragraph 9).

(e) Order no. 73

138. Order no. 73 on requirements for telecommunications networks concerning the conduct of operational-search activities, Part II, issued by the Ministry of Communications on 27 May 2010, elaborates on certain requirements contained in Order no. 6. In particular, it provides that the equipment installed by communications service providers must ensure that agencies performing operational-search activities have access to all data transmitted through the telecommunications networks and are capable of selecting data and transmitting the selected data to its control terminal (paragraph 2).

III. RELEVANT INTERNATIONAL AND EUROPEAN INSTRUMENTS

A. United Nations

139. Resolution no. 68/167, on *The Right to Privacy in the Digital Age*, adopted by the General Assembly on 18 December 2013, reads as follows:

“The General Assembly,

...

4. *Calls upon* all States:

...

(*c*) To review their procedures, practices and legislation regarding the surveillance of communications, their interception and the collection of personal data, including mass surveillance, interception and collection, with a view to upholding the right to privacy by ensuring the full and effective implementation of all their obligations under international human rights law;

(*d*) To establish or maintain existing independent, effective domestic oversight mechanisms capable of ensuring transparency, as appropriate, and accountability for State surveillance of communications, their interception and the collection of personal data;

...”

B. Council of Europe

140. The Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data of 28 January 1981 (ETS 108) sets out standards for data protection in the sphere of automatic processing of

personal data in the public and private sectors. The relevant parts read as follows.

Article 8 – Additional safeguards for the data subject

“Any person shall be enabled:

- a. to establish the existence of an automated personal data file, its main purposes, as well as the identity and habitual residence or principal place of business of the controller of the file;
- b. to obtain at reasonable intervals and without excessive delay or expense confirmation of whether personal data relating to him are stored in the automated data file as well as communication to him of such data in an intelligible form;
- c. to obtain, as the case may be, rectification or erasure of such data if these have been processed contrary to the provisions of domestic law giving effect to the basic principles set out in Articles 5 and 6 of this Convention;
- d. to have a remedy if a request for confirmation or, as the case may be, communication, rectification or erasure as referred to in paragraphs b and c of this Article is not complied with.”

Article 9 – Exceptions and restrictions

“1. No exception to the provisions of Articles 5, 6 and 8 of this Convention shall be allowed except within the limits defined in this Article.

2. Derogation from the provisions of Articles 5, 6 and 8 of this Convention shall be allowed when such derogation is provided for by the law of the Party and constitutes a necessary measure in a democratic society in the interests of:

- a. protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences;
 - b. protecting the data subject or the rights and freedoms of others.
- ...”

Article 10 – Sanctions and remedies

“Each Party undertakes to establish appropriate sanctions and remedies for violations of provisions of domestic law giving effect to the basic principles for data protection set out in this chapter.”

141. The above Convention was ratified by Russia on 15 May 2013 and came into force in respect of Russia on 1 September 2013. The instrument of ratification deposited by the Russian Federation on 15 May 2013 contains the following declaration.

“The Russian Federation declares that in accordance with subparagraph ‘a’ of paragraph 2 of Article 3 of the Convention, it will not apply the Convention to personal data:

...

(b) falling under State secrecy in accordance with the legislation of the Russian Federation on State secrecy.

The Russian Federation declares that in accordance with subparagraph ‘c’ of paragraph 2 of Article 3 of the Convention, it will apply the Convention to personal data which is not processed automatically, if the application of the Convention corresponds to the nature of the actions performed with the personal data without using automatic means.

The Russian Federation declares that in accordance with subparagraph ‘a’ of paragraph 2 of Article 9 of the Convention, it retains the right to limit the right of the data subject to access personal data on himself for the purposes of protecting State security and public order.”

142. The Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows of 8 November 2001 (ETS 181), signed but not ratified by Russia, provides as follows:

“Article 1 – Supervisory authorities

“1. Each Party shall provide for one or more authorities to be responsible for ensuring compliance with the measures in its domestic law giving effect to the principles stated in Chapters II and III of the Convention and in this Protocol.

2. a. To this end, the said authorities shall have, in particular, powers of investigation and intervention, as well as the power to engage in legal proceedings or bring to the attention of the competent judicial authorities violations of provisions of domestic law giving effect to the principles mentioned in paragraph 1 of Article 1 of this Protocol.

b. Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person concerning the protection of his/her rights and fundamental freedoms with regard to the processing of personal data within its competence.

3. The supervisory authorities shall exercise their functions in complete independence.

4. Decisions of the supervisory authorities, which give rise to complaints, may be appealed against through the courts.

...”

143. Recommendation No. R (87) 15 of the Council of Europe’s Committee of Ministers to member States regulating the use of personal data in the police sector, adopted on 17 September 1987, reads as follows.

“1.1. Each member state should have an independent supervisory authority outside the police sector which should be responsible for ensuring respect for the principles contained in this recommendation.

...

2.1. The collection of personal data for police purposes should be limited to such as is necessary for the prevention of a real danger or the suppression of a specific criminal offence. Any exception to this provision should be the subject of specific national legislation.

2.2. Where data concerning an individual have been collected and stored without his knowledge, and unless the data are deleted, he should be informed, where practicable, that information is held about him as soon as the object of the police activities is no longer likely to be prejudiced.

...

3.1. As far as possible, the storage of personal data for police purposes should be limited to accurate data and to such data as are necessary to allow police bodies to perform their lawful tasks within the framework of national law and their obligations arising from international law.

...

5.2.i. ... Communication of data to other public bodies should only be permissible if, in a particular case:

a. there exists a clear legal obligation or authorisation, or with the authorisation of the supervisory authority, or if

b. these data are indispensable to the recipient to enable him to fulfil his own lawful task and provided that the aim of the collection or processing to be carried out by the recipient is not incompatible with the original processing, and the legal obligations of the communicating body are not contrary to this.

5.2.ii. Furthermore, communication to other public bodies is exceptionally permissible if, in a particular case:

a. the communication is undoubtedly in the interest of the data subject and either the data subject has consented or circumstances are such as to allow a clear presumption of such consent, or if

b. the communication is necessary so as to prevent a serious and imminent danger.

5.3.i. ... The communication of data to private parties should only be permissible if, in a particular case, there exists a clear legal obligation or authorisation, or with the authorisation of the supervisory authority.

...

6.4. Exercise of the rights [of the data subject] of access, rectification and erasure should only be restricted insofar as a restriction is indispensable for the performance of a legal task of the police or is necessary for the protection of the data subject or the rights and freedoms of others.

...

6.5. A refusal or a restriction of those rights should be reasoned in writing. It should only be possible to refuse to communicate the reasons insofar as this is indispensable for the performance of a legal task of the police or is necessary for the protection of the rights and freedoms of others.

6.6. Where access is refused, the data subject should be able to appeal to the supervisory authority or to another independent body which shall satisfy itself that the refusal is well founded.

...

7.1. Measures should be taken so that personal data kept for police purposes are deleted if they are no longer necessary for the purposes for which they were stored.

For this purpose, consideration shall in particular be given to the following criteria: the need to retain data in the light of the conclusion of an inquiry into a particular case; a final judicial decision, in particular an acquittal; rehabilitation; spent convictions; amnesties; the age of the data subject, particular categories of data.

7.2. Rules aimed at fixing storage periods for the different categories of personal data as well as regular checks on their quality should be established in agreement with the supervisory authority or in accordance with domestic law.

8. The responsible body should take all the necessary measures to ensure the appropriate physical and logical security of the data and prevent unauthorised access, communication or alteration.

The different characteristics and contents of files should, for this purpose, be taken into account.”

144. Recommendation No. R (95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunication services, with particular reference to telephone services, adopted on 7 February 1995, reads in so far as relevant as follows.

“2.4. Interference by public authorities with the content of a communication, including the use of listening or tapping devices or other means of surveillance or interception of communications, must be carried out only when this is provided for by law and constitutes a necessary measure in a democratic society in the interests of:

- a.* protecting state security, public safety, the monetary interests of the state or the suppression of criminal offences;
- b.* protecting the data subject or the rights and freedoms of others.

2.5. In the case of interference by public authorities with the content of a communication, domestic law should regulate:

- a.* the exercise of the data subject’s rights of access and rectification;
- b.* in what circumstances the responsible public authorities are entitled to refuse to provide information to the person concerned, or delay providing it;
- c.* storage or destruction of such data.

If a network operator or service provider is instructed by a public authority to effect an interference, the data so collected should be communicated only to the body designated in the authorisation for that interference.”

C. European Union

145. Council Resolution of 17 January 1995 on the lawful interception of telecommunications (96/C 329/01) provides as follows.

“This section presents the requirements of law enforcement agencies relating to the lawful interception of telecommunications. These requirements are subject to national law and should be interpreted in accordance with applicable national policies.

...

1.3. Law enforcement agencies require that the telecommunications to and from a target service be provided to the exclusion of any telecommunications that do not fall within the scope of the interception authorization.

...

2. Law enforcement agencies require a real-time, fulltime monitoring capability for the interception of telecommunications. Call associated data should also be provided in real-time. If call associated data cannot be made available in real time, law enforcement agencies require the data to be available as soon as possible upon call termination.

3. Law enforcement agencies require network operators/service providers to provide one or several interfaces from which the intercepted communications can be transmitted to the law enforcement monitoring facility. These interfaces have to be commonly agreed on by the interception authorities and the network operators/service providers. Other issues associated with these interfaces will be handled according to accepted practices in individual countries.

...

5. Law enforcement agencies require the interception to be designed and implemented to preclude unauthorized or improper use and to safeguard the information related to the interception.

...

5.2. Law enforcement agencies require network operators/service providers to ensure that intercepted communications are only transmitted to the monitoring agency specified in the interception authorization.

...”

146. The above requirements were confirmed and expounded in Council Resolution No. 9194/01 of 20 June 2001 on law enforcement operational needs with respect to public telecommunication networks and services.

147. The judgment the Court of Justice of the European Union (CJEU) of 8 April 2014 in the joined cases of *Digital Rights Ireland and Seitinger*

and Others (C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238) declared invalid the Data Retention Directive 2006/24/EC laying down the obligation on the providers of publicly available electronic communication services or of public communications networks to retain all traffic and location data for periods from six months to two years, in order to ensure that the data were available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each member State in its national law. The CJEU noted that, even though the Directive did not permit the retention of the content of the communication, the traffic and location data covered by it might allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data had been retained. Accordingly, the obligation to retain those data constituted in itself an interference with the right to respect for private life and communications guaranteed by Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the right to protection of personal data under its Article 8. Furthermore, the access of the competent national authorities to the data constituted a further interference with those fundamental rights. The CJEU further held that the interference was particularly serious. The fact that data were retained and subsequently used without the subscriber or registered user being informed was likely to generate in the minds of the persons concerned the feeling that their private lives were the subject of constant surveillance. The interference satisfied an objective of general interest, namely to contribute to the fight against serious crime and terrorism and thus, ultimately, to public security. However, it failed to satisfy the requirement of proportionality. Firstly, the Directive covered, in a generalised manner, all persons and all means of electronic communication as well as all traffic data without any differentiation, limitation or exception being made in the light of the objective of fighting against serious crime. It therefore entailed an interference with the fundamental rights of practically the entire European population. It applied even to persons for whom there was no evidence capable of suggesting that their conduct might have a link, even an indirect or remote one, with serious crime. Secondly, the Directive did not contain substantive and procedural conditions relating to the access of the competent national authorities to the data and to their subsequent use. By simply referring, in a general manner, to serious crime, as defined by each member State in its national law, the Directive failed to lay down any objective criterion by which to determine which offences might be considered to be sufficiently serious to justify such an extensive interference with the fundamental rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter. Above all, the access by the competent national authorities to the data retained was not made dependent on a prior review carried out by a court or by an independent administrative body whose decision sought to limit access to the data and their use to what was strictly necessary for the

purpose of attaining the objective pursued. Thirdly, the Directive required that all data be retained for a period of at least six months, without any distinction being made between the categories of data on the basis of their possible usefulness for the purposes of the objective pursued or according to the persons concerned. The CJEU concluded that the Directive entailed a wide-ranging and particularly serious interference with the fundamental rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter, without such an interference being precisely circumscribed by provisions to ensure that it was actually limited to what was strictly necessary. The CJEU also noted that the Directive did not provide for sufficient safeguards, by means of technical and organisational measures, to ensure effective protection of the data retained against the risk of abuse and against any unlawful access and use of those data.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

148. The applicant complained that the system of covert interception of mobile-telephone communications in Russia did not comply with the requirements of Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

A. Admissibility

149. The Government submitted that the applicant could not claim to be a victim of the alleged violation of his right to respect for his private life or correspondence (see paragraphs 152-57 below). Moreover, he had not exhausted domestic remedies (see paragraphs 219-26 below).

150. The Court considers that the Government’s objections are so closely linked to the substance of the applicant’s complaint that they must be joined to the merits.

151. The Court further notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. *The applicant's victim status and the existence of an "interference"*

(a) **The parties' submissions**

(i) *The Government*

152. The Government submitted that the applicant could not claim to be a victim of the alleged violation of Article 8 of the Convention and that there had been no interference with his rights. He had not complained that his communications had been intercepted. The gist of his complaint before the domestic courts and the Court was that communications service providers had installed special equipment enabling the authorities to perform operational-search activities. In the Government's opinion, the case of *Orange Slovensko, a. s. v. Slovakia* ((dec.), no. 43983/02, 24 October 2006) confirmed that installation of interception equipment, or even its financing, by private companies was not in itself contrary to the Convention.

153. The Government further submitted that Article 34 could not be used to lodge an application in the nature of an *actio popularis*; nor could it form the basis of a claim made *in abstracto* that a law contravened the Convention (they referred to *Aalmoes and Others v. the Netherlands* (dec.), no. 16269/02, 25 November 2004). They argued that the approach to victim status established in the cases of *Klass and Others v. Germany* (6 September 1978, § 34, Series A no. 28) and *Malone v. the United Kingdom* (2 August 1984, § 64, Series A no. 82) – according to which an individual might, under certain conditions, claim to be the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures, without having to allege that such measures had in fact been applied to him – could not be interpreted so broadly as to encompass every person in the respondent State who feared that the security services might have compiled information about him. An applicant was required to demonstrate that there was a "reasonable likelihood" that the security services had compiled and retained information concerning his private life (they referred to *Esbester v. the United Kingdom*, no. 18601/91, Commission decision of 2 April 1993, unreported; *Redgrave v. the United Kingdom*, no. 20271/92, Commission decision of 1 September 1993, unreported; *Matthews v. the United Kingdom*, no. 28576/95, Commission decision of 16 October 1996, unreported; *Halford v. the United Kingdom*, 25 June 1997, § 17, Reports of Judgments and Decisions 1997-III; *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, §§ 4-6 and 78, ECHR 2006-XI; and *Kennedy v. the United Kingdom*, no. 26839/05, §§ 122-23, 18 May 2010).

154. The Government maintained that exceptions to the rule of “reasonable likelihood” were permissible only for special reasons. An individual could claim an interference as a result of the mere existence of legislation permitting secret surveillance measures in exceptional circumstances only, having regard to the availability of any remedies at the national level and the risk of secret surveillance measures being applied to him (they cited *Kennedy*, cited above, § 124). According to the Government, no such special reasons could be established in the present case.

155. Firstly, there was no “reasonable likelihood”, or indeed any risk whatsoever, that the applicant had been subjected to surveillance measures because he had not been suspected of any criminal offences. The fact that he was the editor-in-chief of a publishing company could not serve as a ground for interception under Russian law. The Government asserted that the applicant’s telephone conversations had never been intercepted. The applicant had not produced any proof to the contrary. The documents submitted by him in the domestic proceedings had concerned third persons and had not contained any proof that his telephone had been tapped.

156. Secondly, remedies were available at the national level to challenge both the alleged insufficiency of safeguards against abuse in Russian law and any specific surveillance measures applied to an individual. It was possible to request that the Constitutional Court review the constitutionality of the Operational-Search Activities Act of 12 August 1995 (no. 144-FZ – “the OSAA”). It was also possible to lodge a complaint with the Supreme Court, as had been successfully done by Mr N., who had obtained a finding of unlawfulness in respect of a provision of the Ministry of Communications’ Order no. 130 (see paragraph 128 above). As regards Order no. 70, contrary to the applicant’s allegations, it had been duly published (see paragraph 181 below) and could therefore be challenged in the courts. A person whose communications had been intercepted unlawfully without prior judicial authorisation could also obtain redress in a civil court. The Government referred to the Supreme Court’s judgment of 15 July 2009, which found that the installation of a video camera in the claimant’s office and the tapping of his office telephone had been unlawful because those surveillance measures had been carried out without prior judicial authorisation (see also paragraphs 219-24 below). Finally, Russian law provided for supervision of interception of communications by an independent body, the prosecutor’s office.

157. The Government concluded, in view of the above, that the present case was different from *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria* (no. 62540/00, 28 June 2007) where the Court had refused to apply the “reasonable likelihood” test because of the

absence of any safeguards against unlawful interception in Bulgaria. Given that Russian law provided for adequate and sufficient safeguards against abuse in the sphere of interception of communications, including available remedies, in the Government's opinion the applicant could not claim an interference as a result of the mere existence of legislation permitting secret surveillance. In the absence of a "reasonable likelihood" that his telephone communications had been intercepted, he could not claim to be a victim of the alleged violation of Article 8 of the Convention.

(ii) *The applicant*

158. The applicant submitted that he could claim to be a victim of a violation of Article 8 due to the mere existence of legislation which allowed a system of secret interception of communications, without having to demonstrate that such secret measures had in fact been applied to him. The existence of such legislation entailed a threat of surveillance for all users of the telecommunications services and therefore amounted in itself to an interference with the exercise of his rights under Article 8. He relied in support of his position on *Klass and Others* (cited above, §§ 34 and 37), *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev* (cited above, § 58) and *Kennedy* (cited above, § 123).

159. The applicant maintained that the test of "reasonable likelihood" had been applied by the Court only in those cases where the applicant had alleged actual interception, while in the cases concerning general complaints concerning legislation and practice permitting secret surveillance measures the "mere existence" test established in *Klass and Others* had been applied (see *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev*, cited above, § 59, and *Kennedy*, cited above, §§ 122-23, with further references). In *Liberty and Others v. the United Kingdom* (no. 58243/00, §§ 56-57, 1 July 2008), the Court found that the existence of powers permitting the authorities to intercept communications constituted an interference with the Article 8 rights of the applicants, since they were persons to whom these powers might have been applied. In *Kennedy* (cited above, § 124) that test had been further elaborated upon to include the assessment of availability of any remedies at the national level and the risk of secret surveillance measures being applied to the applicant. Finally, in *Mersch and Others v. Luxembourg* (nos. 10439/83 and 5 others, Commission decision of 10 May 1985, Decisions and Reports 43) the Commission found that, in those cases where the authorities had no obligation to notify the persons concerned about the surveillance measures to which they had been subjected, the applicants could claim to be "victims" of a violation of the Convention on account of the mere existence of secret-surveillance legislation, even though

they could not allege in support of their applications that they had been subjected to an actual measure of surveillance.

160. The applicant argued that he could claim to be a victim of a violation of Article 8 on account both of the mere existence of secret-surveillance legislation and of his personal situation. The OSAA, taken together with the FSB Act, the Communications Act and the Orders adopted by the Ministry of Communication, such as Order no. 70, permitted the security services to intercept, through technical means, any person's communications without obtaining prior judicial authorisation for interception. In particular, the security services had no obligation to show the interception authorisation to anyone, including the communications service provider. The contested legislation therefore permitted blanket interception of communications.

161. No remedies were available under Russian law to challenge that legislation. Thus, as regards the possibility of challenging Order no. 70, the applicant referred to the Supreme Court's decision of 25 September 2000 on a complaint by a Mr N. (see paragraph 128 above) finding that that Order was technical rather than legal in nature, and was therefore not subject to official publication. He also submitted a copy of the decision of 24 May 2010 by the Supreme Commercial Court finding that the Orders by the Ministry of Communications requiring communications providers to install equipment enabling the authorities to perform operational-search activities were not subject to judicial review in commercial courts. The domestic proceedings brought by the applicant had shown that Order no. 70 could not be effectively challenged before the Russian courts. Further, as far as the OSAA was concerned, the Constitutional Court had already examined its constitutionality on a number of occasions and had found that it was compatible with the Constitution. Finally, as regards the possibility of challenging individual surveillance measures, the applicant submitted that the person concerned was not notified of the interception, unless the intercepted material had been used as evidence in criminal proceedings against him. In the absence of notification, the domestic remedies were ineffective (see also paragraph 217 below).

162. As to his personal situation, the applicant submitted that he was a journalist and the chairperson of the St Petersburg branch of the Glasnost Defence Foundation, which monitored the state of media freedom and provided legal support to journalists whose professional rights had been violated (see paragraph 8 above). His communications were therefore at an increased risk of being intercepted. The applicant referred in that connection to the fundamental importance of protecting journalists' sources, emphasised by the Grand Chamber judgment in *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands* ([GC], no. 38224/03, § 50, 14 September 2010).

(b) The Court's assessment

163. The Court observes that the applicant in the present case claims that there has been an interference with his rights as a result of the mere existence of legislation permitting covert interception of mobile-telephone communications and a risk of being subjected to interception measures, rather than as a result of any specific interception measures applied to him.

(i) Summary of the Court's case-law

164. The Court has consistently held in its case-law that the Convention does not provide for the institution of an *actio popularis* and that its task is not normally to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention (see, among other authorities, *N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002-X; *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria* (no. 4), no. 72331/01, § 26, 9 November 2006; and *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], no. 47848/08, § 101, ECHR 2014). Accordingly, in order to be able to lodge an application in accordance with Article 34, an individual must be able to show that he was “directly affected” by the measure complained of. This is indispensable for putting the protection mechanism of the Convention into motion, although this criterion is not to be applied in a rigid, mechanical and inflexible way throughout the proceedings (see *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, cited above, § 96).

165. Thus, the Court has permitted general challenges to the relevant legislative regime in the sphere of secret surveillance in recognition of the particular features of secret surveillance measures and the importance of ensuring effective control and supervision of them. In *Klass and Others* the Court held that an individual might, under certain conditions, claim to be the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures, without having to allege that such measures had in fact been applied to him. The relevant conditions were to be determined in each case according to the Convention right or rights alleged to have been infringed, the secret character of the measures objected to, and the connection between the applicant and those measures (see *Klass and Others*, cited above, § 34). The Court explained the reasons for its approach as follows.

“36. The Court points out that where a State institutes secret surveillance the existence of which remains unknown to the persons being controlled, with the effect that the surveillance remains unchallengeable, Article 8 could to a large extent be reduced to a nullity. It is possible in such a situation for an individual to be treated

in a manner contrary to Article 8, or even to be deprived of the right granted by that Article, without his being aware of it and therefore without being able to obtain a remedy either at the national level or before the Convention institutions.

...

The Court finds it unacceptable that the assurance of the enjoyment of a right guaranteed by the Convention could be thus removed by the simple fact that the person concerned is kept unaware of its violation. A right of recourse to the Commission for persons potentially affected by secret surveillance is to be derived from Article 25 [currently Article 34], since otherwise Article 8 runs the risk of being nullified.

37. As to the facts of the particular case, the Court observes that the contested legislation institutes a system of surveillance under which all persons in the Federal Republic of Germany can potentially have their mail, post and telecommunications monitored, without their ever knowing this unless there has been either some indiscretion or subsequent notification in the circumstances laid down in the Federal Constitutional Court's judgment ... To that extent, the disputed legislation directly affects all users or potential users of the postal and telecommunication services in the Federal Republic of Germany. Furthermore, as the Delegates rightly pointed out, this menace of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for all users or potential users a direct interference with the right guaranteed by Article 8.

...

38. Having regard to the specific circumstances of the present case, the Court concludes that each of the applicants is entitled to '(claim) to be the victim of a violation' of the Convention, even though he is not able to allege in support of his application that he has been subject to a concrete measure of surveillance. The question whether the applicants were actually the victims of any violation of the Convention involves determining whether the contested legislation is in itself compatible with the Convention's provisions.

...”

166. Following the judgment in *Klass and Others*, the case-law of the Convention organs developed two parallel approaches to victim status in secret-surveillance cases.

167. In several cases the Commission and the Court held that the test in *Klass and Others* could not be interpreted so broadly as to encompass every person in the respondent State who feared that the security services might have compiled information about him. An applicant could not, however, be reasonably expected to prove that information concerning his private life had been compiled and retained. It was sufficient, in the area of secret measures, that the existence of practices permitting secret surveillance be established and that there was a reasonable likelihood that the security services had compiled and retained information concerning his private

life (see *Esbester*, cited above; *Redgrave*, cited above; *Christie v. the United Kingdom*, no. 21482/93, Commission decision of 27 June 1994, Decisions and Reports 78-A; *Matthews*, cited above; *Halford*, cited above, §§ 47 and 55-57; and *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, no. 65755/01, §§ 49-50, 22 May 2008). In all of the above cases, the applicants alleged actual interception of their communications. In some of them they also made general complaints concerning legislation and practice permitting secret surveillance measures (see *Esbester*; *Redgrave*; *Matthews*; and *Christie*, all cited above).

168. In other cases the Court reiterated the *Klass and Others* approach that the mere existence of laws and practices which permitted and established a system for effecting secret surveillance of communications entailed a threat of surveillance for all those to whom the legislation might be applied. This threat necessarily affected freedom of communication between users of the telecommunications services and thereby amounted in itself to an interference with the exercise of the applicants' rights under Article 8, irrespective of any measures actually taken against them (see *Malone*, cited above, § 64; *Weber and Saravia*, cited above, § 78; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev*, cited above, §§ 58-59 and 69; *Liberty and Others*, cited above, §§ 56-57; and *Iordachi and Others v. Moldova*, no. 25198/02, §§ 30-35, 10 February 2009). In all of the above cases the applicants made general complaints concerning legislation and practice permitting secret surveillance measures. In some of them they also alleged actual interception of their communications (see *Malone*, cited above, § 62, and *Liberty and Others*, cited above, §§ 41-42).

169. Finally, in its most recent case on the subject, *Kennedy*, the Court held that sight should not be lost of the special reasons justifying the Court's departure, in cases concerning secret measures, from its general approach to deny individuals the right to challenge a law *in abstracto*. The principal reason was to ensure that the secrecy of such measures did not result in the measures being effectively unchallengeable and outside the supervision of the national judicial authorities and the Court. In order to assess, in a particular case, whether an individual can claim an interference as a result of the mere existence of legislation permitting secret surveillance measures, the Court must have regard to the availability of any remedies at the national level and the risk of secret surveillance measures being applied to him. Where there is no possibility of challenging the alleged application of secret surveillance measures at domestic level, widespread suspicion and concern among the general public that secret surveillance powers are being abused cannot be said to be unjustified. In such cases, even where the actual risk of surveillance is low, there is a greater need for scrutiny by this Court (see *Kennedy*, cited above, § 124).

(ii) *Harmonisation of the approach to be taken*

170. The Court considers, against this background, that it is necessary to clarify the conditions under which an applicant can claim to be the victim of a violation of Article 8 without having to prove that secret surveillance measures had in fact been applied to him, so that a uniform and foreseeable approach may be adopted.

171. In the Court's view the *Kennedy* approach is best tailored to the need to ensure that the secrecy of surveillance measures does not result in the measures being effectively unchallengeable and outside the supervision of the national judicial authorities and of the Court. Accordingly, the Court accepts that an applicant can claim to be the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret surveillance measures, or legislation permitting secret surveillance measures, if the following conditions are satisfied. Firstly, the Court will take into account the scope of the legislation permitting secret surveillance measures by examining whether the applicant can possibly be affected by it, either because he belongs to a group of persons targeted by the contested legislation or because the legislation directly affects all users of communication services by instituting a system where any person can have his communications intercepted. Secondly, the Court will take into account the availability of remedies at the national level and will adjust the degree of scrutiny depending on the effectiveness of such remedies. As the Court observed in *Kennedy*, where the domestic system does not afford an effective remedy to the person who suspects that he was subjected to secret surveillance, widespread suspicion and concern among the general public that secret surveillance powers are being abused cannot be said to be unjustified (see *Kennedy*, cited above, § 124). In such circumstances the threat of surveillance can be claimed in itself to restrict free communication through the postal and telecommunication services, thereby constituting for all users or potential users a direct interference with the right guaranteed by Article 8. There is therefore a greater need for scrutiny by the Court, and an exception to the rule denying individuals the right to challenge a law *in abstracto* is justified. In such cases the individual does not need to demonstrate the existence of any risk that secret surveillance measures were applied to him. By contrast, if the national system provides for effective remedies, a widespread suspicion of abuse is more difficult to justify. In such cases, the individual may claim to be a victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting secret measures only if he is able to show that, due to his personal situation, he is potentially at risk of being subjected to such measures.

172. The *Kennedy* approach therefore provides the Court with the requisite degree of flexibility to deal with a variety of situations which might arise in the context of secret surveillance, taking into account the particularities of the legal systems in the member States, namely the available remedies, as well as the different personal situations of applicants.

(iii) *Application to the present case*

173. It is not disputed that mobile-telephone communications are covered by the notions of “private life” and “correspondence” in Article 8 § 1 (see, for example, *Liberty and Others*, cited above, § 56).

174. The Court observes that the applicant in the present case claims that there has been an interference with his rights as a result of the mere existence of legislation permitting secret surveillance measures and a risk of being subjected to such measures, rather than as a result of any specific surveillance measures applied to him.

175. The Court notes that the contested legislation institutes a system of secret surveillance under which any person using the mobile-telephone services of Russian providers can have his mobile-telephone communications intercepted, without ever being notified of the surveillance. To that extent, the legislation in question directly affects all users of these mobile-telephone services.

176. Furthermore, for the reasons set out below (see paragraphs 286-300), Russian law does not provide for effective remedies for a person who suspects that he was subjected to secret surveillance.

177. In view of the above finding, the applicant does not need to demonstrate that, due to his personal situation, he is at risk of being subjected to secret surveillance.

178. Having regard to the secret nature of the surveillance measures provided for by the contested legislation, the broad scope of their application, affecting all users of mobile-telephone communications, and the lack of effective means to challenge the alleged application of secret surveillance measures at domestic level, the Court considers an examination of the relevant legislation *in abstracto* to be justified.

179. The Court therefore finds that the applicant is entitled to claim to be the victim of a violation of the Convention, even though he is unable to allege that he has been subject to a concrete measure of surveillance in support of his application. For the same reasons, the mere existence of the contested legislation amounts in itself to an interference with the exercise of his rights under Article 8. The Court therefore dismisses the Government’s objection concerning the applicant’s lack of victim status.

2. *The justification for the interference*

(a) **The parties' submissions**

(i) *Accessibility of domestic law*

180. The applicant submitted that the addendums to Order no. 70 describing the technical requirements for the equipment to be installed by communications service providers had never been officially published and were not accessible to the public. In the applicant's opinion, in so far as they determined the powers of the law-enforcement authorities with regard to secret surveillance, they affected citizens' rights and ought therefore to have been published. The fact that the applicant had eventually had access to the addendums in the domestic proceedings could not remedy the lack of an official publication (he referred to *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, nos. 26261/05 and 26377/06, § 92, 14 March 2013). Citizens should not be required to engage judicial proceedings to obtain access to regulations applicable to them. The Court had already found that it was essential to have clear, detailed and accessible rules on the application of secret measures of surveillance (*Shimovolov v. Russia*, no. 30194/09, § 68, 21 June 2011).

181. The Government submitted that Order no. 70 was technical in nature and was not therefore subject to official publication. It had been published in a specialised magazine, *SvyazInform* (issue no. 6 of 1999). It was also available in the *ConsultantPlus* online legal database, and was accessible without charge. The applicant had submitted a copy of the Order with its addendums to the Court, which showed that he had been able to obtain access to it. The domestic law was therefore accessible.

(ii) *Scope of application of secret surveillance measures*

182. The applicant submitted that the Court had already found that the OSAA did not meet the "foreseeability" requirement because the legal discretion of the authorities to order "an operative experiment" involving recording of private communications through a radio-transmitting device was not subject to any conditions, and the scope and the manner of its exercise were not defined (see *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, § 80, 10 March 2009). The present case was similar to that in *Bykov*. In particular, Russian law did not clearly specify the categories of persons who might be subjected to interception measures. In particular, surveillance measures were not limited to persons suspected or accused of criminal offences. Any person who had information about a criminal offence could have his telephone tapped. Furthermore, interception was not limited to serious and especially

serious offences. Russian law allowed interception measures in connection with offences of medium severity, such as, for example, pickpocketing.

183. The Government submitted that interception of communications might be conducted only following the receipt of information that a criminal offence had been committed, was being committed or was being plotted; about persons conspiring to commit, or committing, or having committed a criminal offence; or about events or activities endangering the national, military, economic or ecological security of the Russian Federation. The Constitutional Court had held in its ruling of 14 July 1998 that collecting information about a person's private life was permissible only with the aim of preventing, detecting and investigating criminal offences or in pursuance of other lawful aims listed in the OSAA.

184. Only offences of medium severity, serious offences and especially serious offences might give rise to an interception order and only persons suspected of such offences or who might have information about such offences could be subject to interception measures. The Government submitted in this connection that the Court had already found that surveillance measures in respect of a person who was not suspected of any offence could be justified under the Convention (referring to *Greuter v. the Netherlands* (dec.), no. 40045/98, 19 March 2002).

185. Further, in respect of interceptions for the purpose of protecting national security, the Government argued that the requirement of "foreseeability" of the law did not go so far as to compel States to enact legal provisions listing in detail all conduct that might prompt a decision to subject an individual to surveillance on "national security" grounds (see *Kennedy*, cited above, § 159).

(iii) *The duration of secret surveillance measures*

186. The applicant submitted that the OSAA did not explain under what circumstances interception could be extended beyond six months. Nor did it establish the maximum duration of interception measures.

187. The Government submitted that under Russian law interception might be authorised by a judge for a maximum period of six months and might be extended if necessary. It had to be discontinued if the investigation was terminated. They argued that it was reasonable to leave the duration of the interception to the discretion of the domestic authorities, having regard to the complexity and the duration of the investigation in a specific case (see *Kennedy*, cited above). They also referred to the case of *Van Pelt v. the Netherlands* (no. 20555/92, Commission decision of 6 April 1994, unreported), where the Commission had found that the tapping of the applicant's telephone for almost two years had not violated the Convention.

(iv) Procedures to be followed for storing, accessing, examining, using, communicating and destroying the intercepted data

188. The applicant further submitted that the OSAA did not specify the procedures to be followed for examining, storing, accessing or using the intercept data or the precautions to be taken when communicating the data to other parties. It provided that the data had to be destroyed within six months, unless those data were needed in the interest of the service or of justice. There was however no definition of what the “interest of the service or of justice” meant. Russian law also gave complete freedom to the trial judge as to whether to store or to destroy data used in evidence after the end of the trial.

189. The Government submitted that the OSAA required that records of intercepted communications had to be stored under conditions excluding any risk of their being listened to or copied by unauthorised persons. The judicial decision authorising interception of communications, the materials that served as a basis for that decision and the data collected as a result of interception constituted a State secret and were to be held in the exclusive possession of the State agency performing interceptions. If it was necessary to transmit them to an investigator, a prosecutor or a court, they could be declassified by the heads of the agencies conducting operational-search activities. Interception authorisations were declassified by the courts which had issued them. The procedure for transmitting the data collected in the course of operational-search activities to the competent investigating authorities or a court was set out in the Ministry of the Interior’s Order of 27 September 2013 (see paragraph 58 above).

190. The data collected in the course of operational-search activities were to be stored for one year and then destroyed, unless they were needed in the interests of the authority or of justice. Recordings were to be stored for six months and then destroyed. Russian law was therefore foreseeable and contained sufficient safeguards.

(v) Authorisation of secret surveillance measures

(a) The applicant

191. The applicant submitted that, although domestic law required prior judicial authorisation for interceptions, the authorisation procedure did not provide for sufficient safeguards against abuse. Firstly, in urgent cases communications could be intercepted without judicial authorisation for up to forty-eight hours. Secondly, in contrast to the CCRP, the OSAA did not provide for any requirements concerning the content of the interception authorisation. In particular, it did not require that the interception subject

be clearly specified in the authorisation by name, telephone number or address (see, by contrast, the United Kingdom's and Bulgaria's legislation reproduced in *Kennedy*, cited above, §§ 41 and 160, and *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, § 13). Nor did domestic law require that the authorisation specify which communications, or types of communications, should be recorded in order to limit the law-enforcement authorities' discretion to determine the scope of surveillance measures. Russian law did not establish any special rules for surveillance in sensitive situations, for example where the confidentiality of journalists' sources was at stake, or where surveillance concerned privileged lawyer-client communications.

192. The applicant further submitted that domestic law did not impose any requirement on the judge to verify the existence of a "reasonable suspicion" against the person concerned or to apply the "necessity" and "proportionality" test. The requesting authorities had no obligation to attach any supporting materials to the interception requests. Moreover, the OSAA expressly prohibited submission to the judge of certain materials – those containing information about undercover agents or police informers or about the organisation and tactics of operational-search measures – thereby making it impossible for the judge to verify effectively the existence of a "reasonable suspicion". Russian law did not require that the judge should authorise interception only when it was impossible to achieve the legitimate aims by other less intrusive means.

193. In support of his allegation that judges did not verify the existence of a "reasonable suspicion" against the person concerned and did not apply the "necessity" and "proportionality" test, the applicant produced copies of analytical notes issued by three District Courts in different Russian regions (the Tambov region, the Tula region and the Dagestan Republic). The courts summarised their own case-law concerning operational-search measures involving interference with the privacy of communications or privacy of the home for the period from 2010-13. One of the courts noted that it refused authorisation to carry out an operational-search measure if it did not appear on the list of operational-search measures in the OSAA, if the request for authorisation was not signed by a competent official or was not reasoned, or if the case fell under statutory restrictions on the use of that measure (for example, relating to the person's status or to the nature of the offence). Authorisation was given if all of the above conditions were met. Another court stated that authorisation could also be refused if the request was insufficiently reasoned, that is, if it did not contain sufficient information permitting the judge to ascertain that the measure was lawful and justified. The third court stated that it granted authorisation if requested to do so by

the law-enforcement authorities. It never refused a request for authorisation. All three courts considered that the request was sufficiently reasoned if it referred to the existence of information listed in section 8(2) of the OSAA (see paragraph 31 above). One of the courts noted that supporting materials were never attached to requests for authorisation; another court noted that some, but not all, of the requests were accompanied by supporting materials, while the third court stated that all requests were accompanied by supporting materials. In all three courts the judges never requested that the law-enforcement authorities submit additional supporting materials, such as materials confirming the grounds for the interception or proving that the telephone numbers to be tapped belonged to the person concerned. Two courts granted interception authorisations in respect of unidentified persons, one of them specifying that such authorisations only concerned collection of data from technical channels of communication. Such authorisations did not mention a specific person or a telephone number to be tapped, but authorised interception of all telephone communications in the area where a criminal offence had been committed. One court never gave such authorisations. Two courts noted that authorisations always indicated the duration for which the interception was authorised, while one court stated that the duration of interception was not indicated in the authorisations issued by it. Finally, none of the three courts had examined any complaints from persons whose communications had been intercepted.

194. The applicant also produced official statistics by the Supreme Court for the period from 2009-13. It could be seen from those statistics that in 2009 Russian courts granted 130,083 out of 132,821 requests under the CCrP and 245,645 out of 246,228 requests under the OSAA (99%). In 2010 the courts allowed 136,953 out of 140,372 interception requests under the CCrP and 276,682 out of 284,137 requests under the OSAA. In 2011 the courts allowed 140,047 out of 144,762 interception requests under the CCrP and 326,105 out of 329,415 requests under the OSAA. In 2012 they granted 156,751 out of 163,469 interception requests under the CCrP (95%) and 372,744 out of 376,368 requests under the OSAA (99%). In 2013 the courts allowed 178,149 out of 189,741 interception requests lodged under the CCrP (93%) and 416,045 out of 420,242 interception requests lodged under the OSAA (99%). The applicant drew the Court's attention to the fact that the number of interception authorisations had almost doubled between 2009 and 2013. He also argued that the very high percentage of authorisations granted showed that the judges did not verify the existence of a "reasonable suspicion" against the interception subject and did not exercise careful and rigorous scrutiny. As a result, interceptions

were ordered in respect of vast numbers of people in situations where the information could have been obtained by other less intrusive means.

195. The applicant concluded from the above that the authorisation procedure was defective and was therefore not capable of confining the use of secret surveillance measures to what was necessary in a democratic society.

196. As regards safeguards against unauthorised interceptions, the applicant submitted that the law-enforcement authorities were not required under domestic law to show judicial authorisation to the communications service provider before obtaining access to a person's communications. All judicial authorisations were classified documents, kept in the exclusive possession of law-enforcement authorities. An obligation to forward an interception authorisation to the communications service provider was mentioned only once in Russian law in connection with the monitoring of communications-related data under the CCrP (see paragraph 48 above). The equipment the communications service providers had installed pursuant to the Orders issued by the Ministry of Communications, in particular the unpublished addendums to Order no. 70, allowed the law-enforcement authorities direct and unrestricted access to all mobile-telephone communications of all users. The communications service providers also had an obligation under Order no. 538 to create databases to store information about all subscribers and the services provided to them for three years. The secret services had direct remote access to those databases. The manner in which the system of secret surveillance thus operated gave the security services and the police the technical means to circumvent the authorisation procedure and to intercept any communications without obtaining prior judicial authorisation. The necessity to obtain such authorisation therefore arose only in those cases where the intercepted data had to be used as evidence in criminal proceedings.

197. The applicant produced documents showing, in his view, that law-enforcement officials unlawfully intercepted telephone communications without prior judicial authorisation and disclosed the records to unauthorised persons. For example, he produced printouts from the Internet containing transcripts of the private telephone conversations of politicians. He also submitted news articles describing criminal proceedings against several high-ranking officers from the police technical department. The officers were suspected of unlawfully intercepting the private communications of politicians and businessmen in return for bribes from their political or business rivals. The news articles referred to witness statements to the effect that intercepting communications in return for bribes was a widespread practice and that anyone could buy a transcript of another person's telephone conversations from the police.

(β) The Government

198. The Government submitted that any interception of telephone or other communications had to be authorised by a court. The court took a decision on the basis of a reasoned request by a law-enforcement authority. The burden of proof was on the requesting authority to justify the necessity of the interception measures. To satisfy that burden of proof, the requesting authorities enclosed with their request all relevant supporting materials, except materials containing information about undercover agents or police informers or about the organisation and tactics of operational-search measures. That exception was justified by the necessity to ensure the security and protection of undercover agents and police informers and their family members and was therefore compatible with the Convention.

199. The Government further referred to the Plenary Supreme Court's Ruling of 27 June 2013, which explained to the lower courts that any restrictions on human rights and freedoms had to be prescribed by law and be necessary in a democratic society, that is, proportionate to a legitimate aim. Courts were instructed to rely on established facts, verify the existence of relevant and sufficient reasons to justify a restriction on an individual's rights and balance the interests of the individual whose rights were being restricted against the interests of other individuals, the State and society as a whole. The OSAA explicitly required the courts to give reasons for the decision to authorise interception. In line with the Constitutional Court's decision of 8 February 2007 (see paragraph 42 above), the interception authorisation was to refer to the specific grounds for suspecting the person in respect of whom operational-search measures were requested of a criminal offence or of activities endangering national, military, economic or ecological security. In its decision of 2 October 2003 (see paragraph 41 above), the Constitutional Court also held that judges had an obligation to examine the materials submitted to them carefully and thoroughly.

200. According to the Government, in practice, each interception authorisation specified: the State agency responsible for performing the interception; the grounds for conducting the surveillance measures and the reasons why they were necessary; a reference to applicable legal provisions, the person whose communications were to be intercepted; the grounds for suspecting that person's involvement in the commission of a specific criminal offence; that person's telephone number or IMEI code; the period of time for which the authorisation was granted; and other necessary information. In exceptional circumstances it was permissible to authorise the interception of communications of unidentified persons. As a rule, in such cases a judge authorised the collection of data from technical channels of communication

in order to identify the persons present at a specific location at the time that a criminal offence was committed there. That practice was compatible with the principles established in the Court's case-law, because in such cases the interception authorisation specified a single set of premises (locations) as the premises (locations) in respect of which the authorisation was ordered (they referred to *Kennedy*, cited above).

201. Russian law permitted communications to be intercepted without prior judicial authorisation in urgent cases. A judge had to be informed of any such case within twenty-four hours and judicial authorisation for continuing the interception had to be obtained within forty-eight hours. According to the Government, the judge had to examine the lawfulness of such interception even in those cases when it had already been discontinued. They referred to an appeal judgment of 13 December 2013 in a criminal case, in which the Supreme Court declared inadmissible as evidence recordings of telephone conversations obtained under the urgent procedure without prior judicial authorisation. The Supreme Court had held that, although a judge had been informed of the interception, no judicial decision on its lawfulness and necessity had ever been issued.

(vi) Supervision of the implementation of secret surveillance measures

(a) The applicant

202. Regarding supervision of interceptions, the applicant argued at the outset that in Russia the effectiveness of any supervision was undermined by the absence of an obligation on the intercepting authorities to keep records of interceptions carried out by them. Moreover, Order no. 70 explicitly provided that information about interceptions could not be logged or recorded.

203. The applicant further submitted that in Russia neither the judge who had issued the interception authorisation nor any other independent official qualified for judicial office had the power to supervise its implementation, and in particular to review whether the surveillance remained within the scope determined by the interception authorisation and complied with various requirements contained in domestic law.

204. Domestic law did not set out any procedures for the supervision of interceptions by the President, Parliament and the government. They certainly had no powers to supervise the implementation of interception measures in specific cases.

205. As regards supervision by the Prosecutor General and competent low-level prosecutors, they could not be considered independent because of their position within the criminal justice system and their prosecuting

functions. In particular, prosecutors gave their approval to all interception requests lodged by investigators in the framework of criminal proceedings, and participated in the related court hearings. They could then use the data obtained as a result of the interception in the framework of their prosecuting functions, in particular by presenting them as evidence during a trial. There was therefore a conflict of interest with the prosecutor performing the dual function of a party to a criminal case and an authority supervising interceptions.

206. The applicant further submitted that the prosecutors' supervisory functions were limited because certain materials, in particular those revealing the identity of undercover agents or the tactics, methods and means used by the security services, were outside the scope of their supervision. The prosecutors' supervisory powers were also limited in the area of counter-intelligence, where inspections could be carried out only following an individual complaint. Given the secrecy of interception measures and the lack of any notification of the person concerned, such individual complaints were unlikely to be lodged, with the result that counter-intelligence-related surveillance measures *de facto* escaped any supervision by prosecutors. It was also significant that prosecutors had no power to cancel an interception authorisation, to discontinue unlawful interceptions or to order the destruction of unlawfully obtained data.

207. Further, prosecutors' biannual reports were not published or publicly discussed. The reports were classified documents and contained statistical information only. They did not contain any substantive analysis of the state of legality in the sphere of operational-search activities or any information about what breaches of law had been detected and what measures had been taken to remedy them. Moreover, the reports amalgamated together all types of operational-search activities, without separating interceptions from other measures.

(β) The Government

208. The Government submitted that supervision of operational-search activities, including interceptions of telephone communications, was exercised by the President, Parliament and the government. In particular, the President determined the national security strategy and appointed and dismissed the heads of all law-enforcement agencies. There was also a special department within the President's Administration which supervised the activities of the law-enforcement agencies, including operational-search activities. That department consisted of officials from the Ministry of the Interior and the FSB who had the appropriate level of security clearance. Parliament participated in the supervision process by adopting and

amending laws governing operational-search activities. It could also form committees and commissions and hold parliamentary hearings on all issues, including those relating to operational-search activities, and could hear the heads of law-enforcement agencies if necessary. The government adopted decrees and orders governing operational-search activities and allocated the budgetary funds to the law-enforcement agencies.

209. Supervision was also exercised by the Prosecutor General and competent low-level prosecutors who were independent from the federal, regional and local authorities. The Prosecutor General and his deputies were appointed and dismissed by the Federation Council, the upper house of Parliament. Prosecutors were not entitled to lodge interception requests. Such requests could be lodged either by the State agency performing operational-search activities in the framework of the OSAA, or by the investigator in the framework of the CCrP. The prosecutor could not give any instructions to the investigator. In the course of a prosecutor's inspection, the head of the intercepting agency had an obligation to submit all relevant materials to the prosecutor at his request and could be held liable for a failure to do so. The prosecutors responsible for supervision of operational-search activities submitted six-monthly reports to the Prosecutor General. The reports did not, however, analyse interceptions separately from other operational-search measures.

(vii) Notification of secret surveillance measures

(a) The applicant

210. The applicant further submitted that Russian law did not provide that a person whose communications had been intercepted was to be notified before, during or after the interception. He conceded that it was acceptable not to notify the person before or during the interception, since the secrecy of the measure was essential to its efficacy. He argued, however, that such notification was possible after the interception had ended, "as soon as it [could] be made without jeopardising the purpose of the restriction" (he referred to *Klass and Others*, cited above). In Russia the person concerned was not notified at any point. He could therefore learn about the interception only if there was a leak or if criminal proceedings were opened against him, and the intercepted data were used in evidence.

211. With regard to the possibility of obtaining access to the data collected in the course of interception, the applicant submitted that such access was possible only in very limited circumstances. If criminal proceedings had never been opened or if the charges had been dropped on other grounds than those listed in the OSAA, the person concerned was not

entitled to have access to the data. Furthermore, before obtaining access, the claimant had to prove that his communications had been intercepted. Given the secrecy of the surveillance measures and the lack of notification, such burden of proof was impossible to satisfy unless the information about the interception had been leaked. Even after satisfying all those preconditions, the person could only receive “information about the data collected” rather than obtain access to the data themselves. Finally, only information that did not contain State secrets could be disclosed. Given that under the OSAA all data collected in the course of operational-search activities constituted a State secret and the decision to declassify them fell to the head of the intercepting authority, access to interception-related documents depended entirely on the intercepting authorities’ discretion.

212. A refusal to grant access to the collected data could be appealed against to a court and the OSAA required the intercepting authorities to produce, at the judge’s request, “operational-search materials containing information about the data to which access [had been] refused”. It was significant that the intercepting authorities were required to submit “information about the data” rather than the data themselves. Materials containing information about undercover agents or police informers could not be submitted to the court and were thereby excluded from the scope of judicial review.

(β) The Government

213. The Government submitted that under Russian law an individual subject to secret surveillance measures did not have to be informed of those measures at any point. The Constitutional Court held (see paragraph 40 above) that, in view of the necessity to keep the surveillance measures secret, the principles of a public hearing and adversarial proceedings were not applicable to the interception authorisation proceedings. The person concerned was therefore not entitled to participate in the authorisation proceedings or to be informed of the decision taken.

214. After the termination of the investigation, the defendant was entitled to study all the materials in the criminal case-file, including the data obtained in the course of operational-search activities. Otherwise, in cases where the investigator decided not to open criminal proceedings against the interception subject or to discontinue the criminal proceedings on the grounds that the alleged offence had not been committed or one or more elements of a criminal offence were missing, the interception subject was entitled to request and receive information about the data collected. A refusal to provide such information could be challenged before a court, which had power to order the disclosure of the information if it considered

the refusal to be ill-founded. The Government submitted a copy of the decision of 4 August 2009 by the Alekseyevskiy District Court of the Belgorod region, ordering that the police provide, within one month, an interception subject with information about the data collected about him in the course of the interception “to the extent permitted by the requirements of confidentiality and with the exception of data which could enable State secrets to be disclosed”.

215. The Government argued that Russian law was different from the Bulgarian law criticised by the Court in its judgment in *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev* (cited above, § 91) because it provided for a possibility of declassifying the interception materials and granting the person concerned access to them. In support of that allegation, they referred to the criminal-conviction judgment of 11 July 2012 by the Zabaykalsk Regional Court. That judgment – a copy of which was not provided to the Court – relied, according to the Government, on a judicial decision authorising the interception of the defendant’s telephone communications which had been declassified and submitted to the trial judge at his request. The Government also referred to two further judgments – by the Presidium of the Krasnoyarsk Regional Court and the Presidium of the Supreme Court of the Mariy-El Republic – quashing, by way of supervisory review, judicial decisions authorising the interception of communications. They did not submit copies of those judgments.

(viii) *Available remedies*

(a) The applicant

216. The applicant submitted that the questions of notification of surveillance measures and of the effectiveness of remedies before the courts were inextricably linked, since there was in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter was advised of the measures taken without his knowledge and was thus able to challenge their legality retrospectively (he referred to *Weber and Saravia*, cited above).

217. The applicant argued that the remedies available under Russian law were ineffective. As regards the possibility for the surveillance subject to apply for judicial review of the measures applied, the burden of proof was on the claimant to demonstrate that his telephone had been tapped. However, since those being monitored were not informed of the surveillance measures unless charged with a criminal offence, the burden of proof was impossible to satisfy. The copies of domestic judgments submitted by the Government concerned searches and seizures, that is, operational-search measures which were known to the person concerned (see paragraphs 220, 221 and 223

below). The applicant knew of no publicly available judicial decisions where an interception subject's complaint concerning unlawful interception had been allowed. It was also significant that in none of the judgments produced by the Government had the domestic courts assessed the proportionality of the contested operational-search measures. The domestic proceedings brought by the applicant had also clearly demonstrated that remedies available under Russian law were ineffective. Moreover, in *Avanesyan v. Russia* (no. 41152/06, 18 September 2014) the Court had already found that there were no effective remedies under Russian law to challenge operational-search measures.

218. Lastly, the applicant submitted that an interception subject or the communications service providers could not challenge the ministerial orders governing secret interceptions of communications, because those orders were considered to be technical rather than legal in nature and were therefore not subject to judicial review, as demonstrated by the decisions mentioned in paragraph 161 above.

(β) The Government

219. The Government argued that in Russia a person claiming that his rights had been or were being violated by a State official performing operational-search activities was entitled to complain to the official's superior, the prosecutor or a court, in accordance with section 5 of the OSAA (see paragraph 83 above).

220. As explained by the Plenary Supreme Court, if the person concerned learned of the interception, he could apply to a court of general jurisdiction in accordance with the procedure established by Chapter 25 of the CCP (see paragraph 92 above). According to the Government, a claimant did not have to prove that his rights had been breached as a result of the interception measures. The burden of proof was on the intercepting authorities to show that the interception measures had been lawful and justified. Russian law provided that if a breach of the claimant's rights was found by a court in civil proceedings, the court had to take measures to remedy the violation and compensate the damage (see paragraph 97 above). The Government submitted copies of two judicial decisions under Chapter 25 of the CCP, declaring searches and seizures of objects or documents unlawful and ordering the police to take specific measures to remedy the violations.

221. Furthermore, according to the Government, the interception subject was also entitled to lodge a supervisory-review complaint against the judicial decision authorising the interception, as explained by the Constitutional Court in its decision of 15 July 2008 (see paragraph 43 above). He was likewise entitled to lodge an appeal or a cassation appeal.

222. If the interception was carried out in the framework of criminal proceedings, the person concerned could also lodge a complaint under Article 125 of the CCrP. The Government referred to the Supreme Court's decision of 26 October 2010 quashing, by way of supervisory review, the lower courts' decisions to declare inadmissible K.'s complaint under Article 125 of the CCrP regarding the investigator's refusal to give her a copy of the judicial decision authorising the interception of her communications. The Supreme Court held that her complaint was to be examined under Article 125 of the CCrP, despite the fact that she had already been convicted, and that she was entitled to receive a copy of the interception authorisation. The Government submitted copies of ten judicial decisions allowing complaints under Article 125 of the CCrP concerning unlawful searches and seizures of objects or documents. They also produced a copy of a judgment acquitting a defendant on appeal after finding that his conviction at first instance had been based on inadmissible evidence obtained as a result of an unlawful test purchase of drugs.

223. The Government further submitted that the person concerned could apply for compensation under Article 1069 of the Civil Code (see paragraph 102 above). That Article provided for compensation of pecuniary and non-pecuniary damage caused to an individual or a legal entity by unlawful actions by State and municipal bodies and officials, provided that the body's or the official's fault had been established. Compensation for non-pecuniary damage was determined in accordance with the rules set out in Articles 1099 to 1101 of the Civil Code (see paragraphs 103-04 above). The Government observed, in particular, that non-pecuniary damage caused through dissemination of information which was damaging to honour, dignity or reputation could be compensated irrespective of the tortfeasor's fault. The Government submitted a copy of a decision of 9 December 2013 by the Vichuga Town Court of the Ivanovo region, awarding compensation in respect of non-pecuniary damage for unlawful interception of a suspect's telephone conversations after the recordings obtained as a result of that interception had been declared inadmissible as evidence by the trial court. The Government also submitted a judicial decision awarding compensation for an unlawful search and seizure of documents and a judicial decision awarding compensation to an acquitted defendant for unlawful prosecution.

224. Russian law also provided for criminal remedies for abuse of power (Articles 285 and 286 of the Criminal Code), unauthorised collection or dissemination of information about a person's private and family life (Article 137 of the Criminal Code) and breach of citizens' right to privacy of communications (Article 138 of the Criminal Code – see paragraphs 19-22 above). The Government referred in that connection to the Supreme Court's

judgment of 24 October 2002, convicting a certain E.S. of an offence under Article 138 of the Criminal Code for inciting an official to supply him with the names of the owners of several telephone numbers and to provide him with call detail records in respect of those telephone numbers. They also referred to the Supreme Court's judgment of 15 March 2007, convicting a customs official of an offence under Article 138 of the Criminal Code for intercepting the telephone communications of a certain P. They submitted copies of two more conviction judgments under Article 138 of the Criminal Code: the first concerned the selling of espionage equipment, namely pens and watches with built-in cameras, while the second concerned the covert hacking of a communication provider's database in order to obtain the users' call detail records.

225. Lastly, the Government argued that remedies were also available in Russian law to challenge the alleged insufficiency of safeguards against abuse in the sphere of interception of communications (see paragraph 156 above).

226. The Government submitted that the applicant had not used any of the remedies available to him under Russian law and described above. In particular, he had chosen to bring judicial proceedings against mobile-network operators, the Ministry of Communications being joined only as a third party to the proceedings.

(b) The Court's assessment

(i) General principles

227. The Court reiterates that any interference can only be justified under Article 8 § 2 if it is in accordance with the law, pursues one or more of the legitimate aims to which paragraph 2 of Article 8 refers and is necessary in a democratic society in order to achieve any such aim (see *Kennedy*, cited above, § 130).

228. The Court notes from its well-established case-law that the wording "in accordance with the law" requires the impugned measure both to have some basis in domestic law and to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the Preamble to the Convention and inherent in the object and purpose of Article 8. The law must thus meet quality requirements: it must be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see, among many other authorities, *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; *S. and Marper v. the United Kingdom* [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, § 95, ECHR 2008; and *Kennedy*, cited above, § 151).

229. The Court has held on several occasions that the reference to "foreseeability" in the context of interception of communications cannot

be the same as in many other fields. Foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. However, especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. It is therefore essential to have clear, detailed rules on interception of telephone conversations, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures (see *Malone*, cited above, § 67; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, § 51, Series A no. 116; *Huwig v. France*, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-B; *Valenzuela Contreras v. Spain*, 30 July 1998, § 46, Reports 1998-V; *Rotaru*, cited above, § 55; *Weber and Saravia*, cited above, § 93; and *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, § 75).

230. Moreover, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see, among other authorities, *Malone*, cited above, § 68; *Leander*, cited above, § 51; *Huwig*, cited above, § 29; and *Weber and Saravia*, cited above, § 94).

231. In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in law in order to avoid abuses of power: the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or destroyed (see *Huwig*, cited above, § 34; *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, §§ 56-58, ECHR 2000-II; *Valenzuela Contreras*, cited above, § 46; *Prado Bugallo v. Spain*, no. 58496/00, § 30, 18 February 2003; *Weber and Saravia*, cited above, § 95; and *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, § 76).

232. As to the question whether an interference was “necessary in a democratic society” in pursuit of a legitimate aim, the Court has

acknowledged that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant's right to respect for his private life, the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security. However, this margin is subject to European supervision embracing both legislation and decisions applying it. In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there are adequate and effective guarantees against abuse. The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by national law. The Court has to determine whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the "interference" to what is "necessary in a democratic society" (see *Klass and Others*, cited above, §§ 49-50 and 59; *Weber and Saravia*, cited above, § 106; *Kvasnica v. Slovakia*, no. 72094/01, § 80, 9 June 2009; and *Kennedy*, cited above, §§ 153-54).

233. Review and supervision of secret surveillance measures may come into play at three stages: when the surveillance is first ordered, while it is being carried out, or after it has been terminated. As regards the first two stages, the very nature and logic of secret surveillance dictate that not only the surveillance itself but also the accompanying review should be effected without the individual's knowledge. Consequently, since the individual will necessarily be prevented from seeking an effective remedy of his own accord or from taking a direct part in any review proceedings, it is essential that the procedures established should themselves provide adequate and equivalent guarantees safeguarding his rights. In addition, the values of a democratic society must be followed as faithfully as possible in the supervisory procedures if the bounds of necessity, within the meaning of Article 8 § 2, are not to be exceeded. In a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure (see *Klass and Others*, cited above, §§ 55-56).

234. As regards the third stage, after the surveillance has been terminated, the question of subsequent notification of surveillance measures is inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts and hence to the existence of effective safeguards against the abuse of monitoring powers.

There is in principle little scope for recourse to the courts by the individual concerned unless the latter is advised of the measures taken without his knowledge and thus able to challenge their legality retrospectively (see *Klass and Others*, cited above, § 57, and *Weber and Saravia*, cited above, § 135) or, in the alternative, unless any person who suspects that his communications are being or have been intercepted can apply to courts, so that the courts' jurisdiction does not depend on notification to the interception subject that there has been an interception of his communications (see *Kennedy*, cited above, § 167).

(ii) *Application of the general principles to the present case*

235. The Court notes that it has found there to be an interference under Article 8 § 1 in respect of the applicant's general complaint regarding the Russian legislation governing covert interception of mobile-telephone communications. Accordingly, in its examination of the justification for the interference under Article 8 § 2, the Court is required to examine whether the contested legislation itself is in conformity with the Convention.

236. In cases where the legislation permitting secret surveillance is contested before the Court, the lawfulness of the interference is closely related to the question whether the "necessity" test has been complied with and it is therefore appropriate for the Court to address jointly the "in accordance with the law" and "necessity" requirements (see *Kennedy*, cited above, § 155; see also *Kvasnica*, cited above, § 84). The "quality of law" in this sense implies that the domestic law must not only be accessible and foreseeable in its application, it must also ensure that secret surveillance measures are applied only when "necessary in a democratic society", in particular by providing for adequate and effective safeguards and guarantees against abuse.

237. It has not been disputed by the parties that interceptions of mobile-telephone communications have a basis in domestic law. They are governed, in particular, by the CCRP and the OSAA, as well as by the Communications Act and the Orders issued by the Ministry of Communications. Furthermore, the Court considers it clear that the surveillance measures permitted by Russian law pursue the legitimate aims of the protection of national security and public safety, the prevention of crime and the protection of the economic well-being of the country (see paragraph 26 above). It therefore remains to be ascertained whether the domestic law is accessible and contains adequate and effective safeguards and guarantees to meet the requirements of "foreseeability" and "necessity in a democratic society".

238. The Court will therefore assess in turn the accessibility of the domestic law, the scope and duration of the secret surveillance measures,

the procedures to be followed for storing, accessing, examining, using, communicating and destroying the intercepted data, the authorisation procedures, the arrangements for supervising the implementation of secret surveillance measures, any notification mechanisms and the remedies provided for by national law.

(a) Accessibility of the domestic law

239. It is common ground between the parties that almost all legal provisions governing secret surveillance – including the CCRP, the OSAA, the Communications Act and the majority of the Orders issued by the Ministry of Communications – have been officially published and are accessible to the public. The parties disputed, however, whether the addendums to Order no. 70 by the Ministry of Communications met the requirements of accessibility.

240. The Court observes that the addendums to Order no. 70 have never been published in a generally accessible official publication, as they were considered to be technical in nature (see paragraph 128 above).

241. The Court accepts that the addendums to Order no. 70 mainly describe the technical requirements for the interception equipment to be installed by communications service providers. At the same time, by requiring that the equipment in issue must ensure that the law-enforcement authorities have direct access to all mobile-telephone communications of all users and must not log or record information about interceptions initiated by the law-enforcement authorities (see paragraphs 115-22 above), the addendums to Order no. 70 are capable of affecting the users' right to respect for their private life and correspondence. The Court therefore considers that they must be accessible to the public.

242. The publication of the Order in the Ministry of Communications' official magazine *SvyazInform*, distributed through subscription, made it available only to communications specialists rather than to the public at large. At the same time, the Court notes that the text of the Order, with the addendums, can be accessed through a privately maintained online legal database, which reproduced it from the publication in *SvyazInform* (see paragraph 115 above). The Court finds the lack of a generally accessible official publication of Order no. 70 regrettable. However, taking into account the fact that it has been published in an official ministerial magazine, combined with the fact that it can be accessed by the general public through an online legal database, the Court does not find it necessary to pursue further the issue of the accessibility of the domestic law. It will concentrate instead on the requirements of "foreseeability" and "necessity".

(β) Scope of application of secret surveillance measures

243. The Court reiterates that national law must define the scope of application of secret surveillance measures by giving citizens an adequate indication as to the circumstances in which public authorities are empowered to resort to such measures – in particular by clearly setting out the nature of the offences which may give rise to an interception order and a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped (see paragraph 231 above).

244. As regards the nature of the offences, the Court emphasises that the condition of foreseeability does not require States to set out exhaustively, by name, the specific offences which may give rise to interception. However, sufficient detail should be provided on the nature of the offences in question (see *Kennedy*, cited above, § 159). Both the OSAA and the CCrP provide that telephone and other communications may be intercepted in connection with an offence of medium severity, a serious offence or an especially serious criminal offence – that is, an offence for which the Criminal Code prescribes a maximum penalty of more than three years' imprisonment – which has been already committed, is being committed or being plotted (see paragraphs 31-33 above). The Court considers that the nature of the offences which may give rise to an interception order is sufficiently clear. At the same time it notes with concern that Russian law allows secret interception of communications in respect of a very wide range of criminal offences, including for example, as pointed out by the applicant, pickpocketing (see paragraph 182 above; see also, for similar reasoning, *Iordachi and Others*, cited above, §§ 43-44).

245. The Court further notes that interceptions may be ordered not only in respect of a suspect or an accused, but also in respect of a person who may have information about an offence or may have other information relevant to the criminal case (see paragraph 32 above). The Court has earlier found that interception measures in respect of a person who was not suspected of any offence but could possess information about such an offence might be justified under Article 8 of the Convention (see *Greuter*, cited above). At the same time, the Court notes the absence of any clarifications in Russian legislation or established case-law as to how the terms “a person who may have information about a criminal offence” and “a person who may have information relevant to the criminal case” are to be applied in practice (see, for similar reasoning, *Iordachi and Others*, cited above, § 44).

246. The Court also observes that, in addition to interceptions for the purposes of preventing or detecting criminal offences, the OSAA also provides that telephone or other communications may be intercepted

following the receipt of information about events or activities endangering Russia's national, military, economic or ecological security (see paragraph 31 above). Which events or activities may be considered as endangering such types of security interests is not defined anywhere in Russian law.

247. The Court has previously found that the requirement of "foreseeability" of the law does not go so far as to compel States to enact legal provisions listing in detail all conduct that may prompt a decision to subject an individual to secret surveillance on "national security" grounds. By their very nature, threats to national security may vary in character and may be unanticipated or difficult to define in advance (see *Kennedy*, cited above, § 159). At the same time, the Court has also emphasised that in matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a discretion granted to the executive in the sphere of national security to be expressed in terms of unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see *Liu v. Russia*, no. 42086/05, § 56, 6 December 2007, with further references).

248. It is significant that the OSAA does not give any indication of the circumstances under which an individual's communications may be intercepted on account of events or activities endangering Russia's national, military, economic or ecological security. It leaves the authorities an almost unlimited degree of discretion in determining which events or acts constitute such a threat and whether that threat is serious enough to justify secret surveillance, thereby creating possibilities for abuse (see, for similar reasoning, *Iordachi and Others*, cited above, § 46).

249. That being said, the Court does not lose sight of the fact that prior judicial authorisation for interceptions is required in Russia. Such judicial authorisation may serve to limit the law-enforcement authorities' discretion in interpreting the broad terms of "a person who may have information about a criminal offence", "a person who may have information relevant to the criminal case", and "events or activities endangering Russia's national, military, economic or ecological security" by following an established judicial interpretation of the terms or an established practice to verify whether sufficient reasons for intercepting a specific individual's communications exist in each case. The Court accepts that the requirement of prior judicial authorisation constitutes an important safeguard against arbitrariness. The effectiveness of that safeguard will be examined below.

(γ) The duration of secret surveillance measures

250. The Court has held that it is not unreasonable to leave the overall duration of interception to the discretion of the relevant domestic authorities which have competence to issue and renew interception warrants, provided that adequate safeguards exist, such as a clear indication in the domestic law of the period after which an interception warrant will expire, the conditions under which a warrant can be renewed and the circumstances in which it must be cancelled (see *Kennedy*, cited above, § 161; see also *Klass and Others*, cited above, § 52, and *Weber and Saravia*, cited above, § 98).

251. As regards the first safeguard, both the CCrP and the OSAA provide that interceptions may be authorised by a judge for a period not exceeding six months (see paragraphs 38 and 47 above). There is therefore a clear indication in the domestic law of the period after which an interception authorisation will expire. Secondly, the conditions under which an authorisation can be renewed are also clearly set out in law. In particular, under both the CCrP and the OSAA a judge may extend interception for a maximum of six months at a time, after a fresh examination of all the relevant materials (*ibid.*). However, as regards the third safeguard concerning the circumstances in which the interception must be discontinued, the Court notes that the requirement to discontinue interception when no longer necessary is mentioned in the CCrP only. Regrettably, the OSAA does not contain such a requirement (*ibid.*). In practice, this means that interceptions in the framework of criminal proceedings are attended by more safeguards than interceptions conducted outside such a framework, in particular in connection with “events or activities endangering national, military, economic or ecological security”.

252. The Court concludes from the above that, while Russian law contains clear rules on the duration and renewal of interceptions providing adequate safeguards against abuse, the OSAA provisions on discontinuing surveillance measures do not provide sufficient guarantees against arbitrary interference.

(δ) Procedures to be followed for storing, accessing, examining, using, communicating and destroying the intercepted data

253. Russian law stipulates that data collected as a result of secret surveillance measures constitute a State secret and are to be sealed and stored under conditions excluding any risk of unauthorised access. They may be disclosed to those State officials who genuinely need the data for the performance of their duties and have the appropriate level of security clearance. Steps must be taken to ensure that only the amount of information

needed by the recipient to perform his duties is disclosed, and no more. The official responsible for ensuring that the data are securely stored and inaccessible to those without the necessary security clearance is clearly defined (see paragraphs 51-57 above). Domestic law also sets out the conditions and procedures for communicating intercepted data containing information about a criminal offence to the prosecuting authorities. It describes, in particular, the requirements for their secure storage and the conditions for their use as evidence in criminal proceedings (see paragraphs 58-64 above). The Court is satisfied that Russian law contains clear rules governing the storage, use and communication of intercepted data, making it possible to minimise the risk of unauthorised access or disclosure (see, for similar reasoning, *Kennedy*, cited above, §§ 162-63).

254. As far as the destruction of intercept material is concerned, domestic law provides that it must be destroyed after six months of storage if the person concerned has not been charged with a criminal offence. If the person has been charged with a criminal offence, the trial judge must make a decision, at the end of the criminal proceedings, on the further storage and destruction of the intercept material used in evidence (see paragraphs 65-66 above).

255. As regards the cases where the person concerned has not been charged with a criminal offence, the Court is not convinced by the applicant's argument that Russian law permits storage of the intercept material beyond the statutory time-limit (see paragraph 188 above). It appears that the provision referred to by the applicant does not apply to the specific case of storage of data collected as a result of interception of communications. The Court considers the six-month storage time-limit set out in Russian law for such data reasonable. At the same time, it deplores the lack of a requirement to destroy immediately any data that are not relevant to the purpose for which they have been obtained (compare *Klass and Others*, cited above, § 52, and *Kennedy*, cited above, § 162). The automatic storage for six months of clearly irrelevant data cannot be considered justified under Article 8.

256. Furthermore, as regards the cases where the person has been charged with a criminal offence, the Court notes with concern that Russian law allows unlimited discretion to the trial judge to store or to destroy the data used in evidence after the end of the trial (see paragraph 66 above). Russian law does not give citizens any indication as to the circumstances in which the intercept material may be stored after the end of the trial. The Court therefore considers that the domestic law is not sufficiently clear on this point.

(ε) Authorisation of interceptions

Authorisation procedures

257. The Court will take into account a number of factors in assessing whether the authorisation procedures are capable of ensuring that secret surveillance is not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration. These factors include, in particular, the authority competent to authorise the surveillance, its scope of review and the content of the interception authorisation.

258. As regards the authority competent to authorise the surveillance, authorising of telephone tapping by a non-judicial authority may be compatible with the Convention (see, for example, *Klass and Others*, cited above, § 51; *Weber and Saravia*, cited above, § 115; and *Kennedy*, cited above, § 31), provided that that authority is sufficiently independent from the executive (see *Dumitru Popescu v. Romania (no. 2)*, no. 71525/01, § 71, 26 April 2007).

259. Russian law contains an important safeguard against arbitrary or indiscriminate secret surveillance. It dictates that any interception of telephone or other communications must be authorised by a court (see paragraphs 34 and 44 above). The law-enforcement agency seeking authorisation for interception must submit a reasoned request to that effect to a judge, who may require the agency to produce supporting materials (see paragraphs 37 and 46 above). The judge must give reasons for the decision to authorise interceptions (see paragraphs 38 and 44 above).

260. Turning now to the authorisation authority's scope of review, the Court reiterates that it must be capable of verifying the existence of a reasonable suspicion against the person concerned, in particular, whether there are factual indications for suspecting that person of planning, committing or having committed criminal acts or other acts that may give rise to secret surveillance measures, such as, for example, acts endangering national security. It must also ascertain whether the requested interception meets the requirement of "necessity in a democratic society", as provided by Article 8 § 2 of the Convention, including whether it is proportionate to the legitimate aims pursued, by verifying, for example, whether it is possible to achieve the aims by less restrictive means (see *Klass and Others*, cited above, § 51; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, §§ 79-80; *Iordachi and Others*, cited above, § 51; and *Kennedy*, cited above, §§ 31-32).

261. The Court notes that in Russia judicial scrutiny is limited in scope. Thus, materials containing information about undercover agents or police informers or about the organisation and tactics of operational-search

measures may not be submitted to the judge and are therefore excluded from the court's scope of review (see paragraph 37 above). The Court considers that the failure to disclose the relevant information to the courts deprives them of the power to assess whether there is a sufficient factual basis to suspect the person in respect of whom operational-search measures are requested of a criminal offence or of activities endangering national, military, economic or ecological security (see, *mutatis mutandis*, *Liu*, cited above, §§ 59-63). The Court has earlier found that there are techniques that can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice (see, *mutatis mutandis*, *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 131, *Reports* 1996-V).

262. Furthermore, the Court observes that in Russia the judges are not instructed, either by the CCrP or by the OSAA, to verify the existence of a "reasonable suspicion" against the person concerned or to apply the "necessity" and "proportionality" test. At the same time, the Court notes that the Constitutional Court has explained in its decisions that the burden of proof is on the requesting agency to show that interception is necessary and that the judge examining an interception request should verify the grounds for that measure and grant authorisation only if he is persuaded that interception is lawful, necessary and justified. The Constitutional Court has also held that the judicial decision authorising interception should contain reasons and refer to specific grounds for suspecting that a criminal offence has been committed, is being committed, or is being plotted or that activities endangering national, military, economic or ecological security are being carried out, as well as that the person in respect of whom interception is requested is involved in these criminal or otherwise dangerous activities (see paragraphs 40-42 above). The Constitutional Court has therefore recommended, in substance, that when examining interception authorisation requests Russian courts should verify the existence of a reasonable suspicion against the person concerned and should authorise interception only if it meets the requirements of necessity and proportionality.

263. However, the Court observes that domestic law does not explicitly require the courts of general jurisdiction to follow the Constitutional Court's opinion as to how a legislative provision should be interpreted if such opinion has been expressed in a decision rather than a judgment (see paragraph 106 above). Indeed, the materials submitted by the applicant show that the domestic courts do not always follow the above-mentioned recommendations of the Constitutional Court, all of which were contained in decisions rather than in judgments. Thus, it transpires from the analytical notes issued by District Courts that interception requests are

often not accompanied by any supporting materials, that the judges of these District Courts never request the interception agency to submit such materials and that a mere reference to the existence of information about a criminal offence or activities endangering national, military, economic or ecological security is considered to be sufficient for the authorisation to be granted. An interception request is rejected only if it is not signed by a competent person, contains no reference to the offence in connection with which interception is to be ordered, or concerns a criminal offence in respect of which interception is not permitted under domestic law (see paragraph 193 above). Thus, the analytical notes issued by District Courts, taken together with the statistical information for the period from 2009-13 provided by the applicant (see paragraph 194 above), indicate that in their everyday practice Russian courts do not verify whether there is a “reasonable suspicion” against the person concerned and do not apply the “necessity” and “proportionality” test.

264. Lastly, as regards the content of the interception authorisation, it must clearly identify a specific person to be placed under surveillance or a single set of premises as the premises in respect of which the authorisation is ordered. Such identification may be made by names, addresses, telephone numbers or other relevant information (see *Klass and Others*, cited above, § 51; *Liberty and Others*, cited above, §§ 64-65; *Dumitru Popescu*, cited above, § 78; *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, § 80; and *Kennedy*, cited above, § 160).

265. The Court observes that the CCRP requires that a request for interception authorisation must clearly mention a specific person whose communications are to be intercepted, as well as the duration of the interception measure (see paragraph 46 above). By contrast, the OSAA does not contain any requirements either with regard to the content of the request for interception or to the content of the interception authorisation. As a result, courts sometimes grant interception authorisations which do not mention a specific person or telephone number to be tapped, but authorise interception of all telephone communications in the area where a criminal offence has been committed. Some authorisations do not mention the duration for which interception is authorised (see paragraph 193 above). The Court considers that such authorisations, which are not clearly prohibited by the OSAA, grant a very wide discretion to the law-enforcement authorities as to which communications to intercept, and for how long.

266. The Court further notes that in urgent cases it is possible to intercept communications without prior judicial authorisation for up to forty-eight hours. A judge must be informed of any such case within twenty-four hours from the commencement of the interception. If no judicial authorisation

has been issued within forty-eight hours, the interception must be stopped immediately (see paragraph 35 above). The Court has already examined the “urgency” procedure provided for in Bulgarian law and found that it was compatible with the Convention (see *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, §§ 16 and 82). However, in contrast to the Bulgarian provision, the Russian “urgent procedure” does not provide for sufficient safeguards to ensure that it is used sparingly and only in duly justified cases. Thus, although in the criminal sphere the OSAA limits recourse to the urgency procedure to cases where there exists an immediate danger that a serious or especially serious offence may be committed, it does not contain any such limitations in respect of secret surveillance in connection with events or activities endangering national, military, economic or ecological security. Domestic law does not limit the use of the urgency procedure to cases involving an immediate serious danger to national, military, economic or ecological security. It leaves the authorities an unlimited degree of discretion in determining in which situations it is justified to use the non-judicial urgent procedure, thereby creating possibilities for abusive recourse to it (*ibid.*). Furthermore, although Russian law requires that a judge be immediately informed of each instance of urgent interception, his power is limited to authorising the extension of the interception measure beyond forty-eight hours. He has no power to assess whether the use of the urgent procedure was justified or to decide whether the material obtained during the previous forty-eight hours is to be kept or destroyed (see, by contrast, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, § 16). Russian law does not therefore provide for an effective judicial review of the urgency procedure.

267. In view of the above considerations the Court considers that the authorisation procedures provided for by Russian law are not capable of ensuring that secret surveillance measures are not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration.

The authorities’ access to communications

268. The Court takes note of the applicant’s argument that the security services and the police have the technical means to intercept mobile-telephone communications without obtaining judicial authorisation, as they have direct access to all communications and as their ability to intercept the communications of a particular individual or individuals is not conditional on providing an interception authorisation to the communications service provider.

269. The Court considers that the requirement to show an interception authorisation to the communications service provider before obtaining access

to a person's communications is one of the important safeguards against abuse by the law-enforcement authorities, ensuring that proper authorisation is obtained in all cases of interception. In Russia the law-enforcement authorities are not required under domestic law to show the judicial authorisation to the communications service provider before obtaining access to a person's communications (see, by contrast, the EU Council Resolution, paragraph 145 above), except in connection with the monitoring of communications-related data under the CCrP (see paragraph 48 above). Indeed, pursuant to Orders issued by the Ministry of Communications, in particular the addendums to Order no. 70, communications service providers must install equipment giving the law-enforcement authorities direct access to all mobile-telephone communications of all users (see paragraphs 115-22 above). The communications service providers also have an obligation under Order no. 538 to create databases storing information about all subscribers, and the services provided to them, for three years; the secret services have direct remote access to those databases (see paragraphs 132-33 above). The law-enforcement authorities thus have direct access to all mobile-telephone communications and related communications data.

270. The Court considers that the manner in which the system of secret surveillance operates in Russia gives the security services and the police technical means to circumvent the authorisation procedure and to intercept any communications without obtaining prior judicial authorisation. Although the possibility of improper action by a dishonest, negligent or overzealous official can never be completely ruled out whatever the system (see *Klass and Others*, cited above, § 59), the Court considers that a system, such as the Russian one, which enables the secret services and the police to intercept directly the communications of each and every citizen without requiring them to show an interception authorisation to the communications service provider, or to anyone else, is particularly prone to abuse. The need for safeguards against arbitrariness and abuse appears therefore to be particularly great.

271. The Court will therefore examine with particular attention whether the supervision arrangements provided by Russian law are capable of ensuring that all interceptions are performed lawfully on the basis of proper judicial authorisation.

(ç) Supervision of the implementation of secret surveillance measures

272. The Court notes at the outset that Order no. 70 requires that the equipment installed by the communications service providers not record or log information about interceptions (see paragraph 120 above). The Court has found that an obligation on the intercepting agencies to keep records

of interceptions is particularly important to ensure that the supervisory body has effective access to details of surveillance activities undertaken (see *Kennedy*, cited above, § 165). The prohibition on logging or recording interceptions set out in Russian law makes it impossible for the supervising authority to discover interceptions carried out without proper judicial authorisation. Combined with the law-enforcement authorities' technical ability, pursuant to the same Order, to intercept directly all communications, this provision renders any supervision arrangements incapable of detecting unlawful interceptions and therefore ineffective.

273. As regards supervision of interceptions carried out on the basis of proper judicial authorisations, the Court will examine whether the supervision arrangements existing in Russia are capable of ensuring that the statutory requirements relating to the implementation of the surveillance measures, the storage, access to, use, processing, communication and destruction of intercept material are routinely respected.

274. A court which has granted authorisation for interception has no competence to supervise its implementation. It is not informed of the results of the interceptions and has no power to review whether the requirements of the decision granting authorisation were complied with. Nor do Russian courts in general have competence to carry out the overall supervision of interceptions. Judicial supervision is limited to the initial authorisation stage. Subsequent supervision is entrusted to the President, Parliament, the government, the Prosecutor General and competent lower-level prosecutors.

275. The Court has earlier found that, although it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge, supervision by non-judicial bodies may be considered compatible with the Convention, provided that the supervisory body is independent of the authorities carrying out the surveillance, and is vested with sufficient powers and competence to exercise an effective and continuous control (see *Klass and Others*, cited above, § 56).

276. As far as the President, Parliament and the Government are concerned, Russian law does not set out the manner in which they may supervise interceptions. There are no publicly available regulations or instructions describing the scope of their review, the conditions under which it may be carried out, the procedures for reviewing the surveillance measures or for remedying the breaches detected (see, for similar reasoning, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev*, cited above, § 88).

277. As regards supervision of interceptions by prosecutors, the Court observes that domestic law sets out the scope of, and the procedures for, prosecutors' supervision of operational-search activities (see paragraphs 69-80 above). It stipulates that prosecutors may carry out routine and *ad hoc*

inspections of agencies performing operational-search activities and are entitled to study the relevant documents, including confidential ones. They may take measures to stop or remedy the detected breaches of law and to bring those responsible to account. They must submit biannual reports detailing the results of the inspections to the Prosecutor General's Office. The Court accepts that a legal framework exists which provides, at least in theory, for some supervision by prosecutors of secret surveillance measures. It must next be examined whether the prosecutors are independent of the authorities carrying out the surveillance, and are vested with sufficient powers and competence to exercise effective and continuous control.

278. As to the independence requirement, in previous cases the Court has taken into account the manner of appointment and the legal status of the members of the supervisory body. In particular, it found sufficiently independent bodies composed of members of parliament of both the majority and the opposition, or of persons qualified to hold judicial office, appointed either by Parliament or by the Prime Minister (see, for example, *Klass and Others*, cited above, §§ 21 and 56; *Weber and Saravia*, cited above, §§ 24-25 and 117; *Leander*, cited above, § 65; *L. v. Norway*, no. 13564/88, Commission decision of 8 June 1990, Decisions and Reports 65; and *Kennedy*, cited above, §§ 57 and 166). In contrast, a Minister for Internal Affairs – who was not only a political appointee and a member of the executive, but also directly involved in the commissioning of special means of surveillance – was found to be insufficiently independent (see *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, §§ 85 and 87). Similarly, a Prosecutor General and competent lower-level prosecutors were also found to be insufficiently independent (see *Iordachi and Others*, cited above, § 47).

279. In contrast to the supervisory bodies cited above, in Russia prosecutors are appointed and dismissed by the Prosecutor General after consultation with the regional executive authorities (see paragraph 70 above). This fact may raise doubts as to their independence from the executive.

280. Furthermore, it is essential that any role prosecutors have in the general protection of human rights does not give rise to any conflict of interest (see *Menchinskaya v. Russia*, no. 42454/02, §§ 19 and 38, 15 January 2009). The Court observes that prosecutor's offices do not specialise in supervision of interceptions (see paragraph 71 above). Such supervision is only one part of their broad and diversified functions, which include prosecution and supervision of criminal investigations. In the framework of their prosecuting functions, prosecutors give their approval to all interception requests lodged by investigators in the framework of criminal proceedings (see paragraph 44 above). This blending of functions within one prosecutor's office, with the same office giving approval to requests for

interceptions and then supervising their implementation, may also raise doubts as to prosecutors' independence (see, by way of contrast, *Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, § 215, 10 January 2012, concerning supervision by prosecutors of detention facilities, where it was found that prosecutors complied with the requirement of independence *vis-à-vis* the penitentiary system's bodies).

281. Turning now to the prosecutors' powers and competences, the Court notes that it is essential that the supervisory body has access to all relevant documents, including closed materials and that all those involved in interception activities have a duty to disclose to it any material it required (see *Kennedy*, cited above, § 166). Russian law stipulates that prosecutors are entitled to study relevant documents, including confidential ones. It is, however, important to note that information about the security services' undercover agents, and about the tactics, methods and means used by them, is outside the scope of prosecutors' supervision (see paragraph 74 above). The scope of their supervision is therefore limited. Moreover, interceptions performed by the FSB in the sphere of counter-intelligence may be inspected only following an individual complaint (see paragraph 76 above). As individuals are not notified of interceptions (see paragraph 81 above and paragraph 289 below), it is unlikely that such a complaint will ever be lodged. As a result, surveillance measures related to counter-intelligence *de facto* escape supervision by prosecutors.

282. The supervisory body's powers with respect to any breaches detected are also an important element for the assessment of the effectiveness of its supervision (see, for example, *Klass and Others*, cited above, § 53, where the intercepting agency was required to terminate the interception immediately if the G10 Commission found it illegal or unnecessary; and *Kennedy*, cited above, § 168, where any intercept material was to be destroyed as soon as the Interception of Communications Commissioner discovered that the interception was unlawful). The Court is satisfied that prosecutors have certain powers with respect to the breaches detected by them. Thus, they may take measures to stop or remedy the detected breaches of law and to bring those responsible to account (see paragraph 79 above). However, there is no specific provision requiring destruction of the unlawfully obtained intercept material (see *Kennedy*, cited above, § 168).

283. The Court must also examine whether the supervisory body's activities are open to public scrutiny (see, for example, *L. v. Norway*, cited above, where the supervision was performed by the Control Committee, which reported annually to the government and whose reports were published and discussed by Parliament; *Kennedy*, cited above, § 166, where the supervision of interceptions was performed by the Interception of Communications Commissioner, who reported annually to the Prime

Minister, his report being a public document laid before Parliament; and, by contrast, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev*, cited above, § 88, where the Court found fault with the system where neither the Minister for Internal Affairs nor any other official was required to report regularly to an independent body or to the general public on the overall operation of the system or on the measures applied in individual cases). In Russia, prosecutors must submit biannual reports detailing the results of the inspections to the Prosecutor General's Office. However, these reports concern all types of operational-search measures, amalgamated together, without interceptions being treated separately from other measures. Moreover, the reports contain only statistical information about the number of inspections of operational-search measures carried out and the number of breaches detected, without specifying the nature of the breaches or the measures taken to remedy them. It is also significant that the reports are confidential documents. They are not published or otherwise accessible to the public (see paragraph 80 above). It follows that in Russia supervision by prosecutors is conducted in a manner which is not open to public scrutiny and knowledge.

284. Lastly, the Court notes that it is for the Government to illustrate the practical effectiveness of the supervision arrangements with appropriate examples (see, *mutatis mutandis*, *Ananyev and Others*, cited above, §§ 109-10). However, they did not submit any inspection reports or decisions by prosecutors ordering the taking of measures to stop or remedy a detected breach of law. It follows that the Government did not demonstrate that prosecutors' supervision of secret surveillance measures is effective in practice. The Court also takes note in this connection of the documents submitted by the applicant illustrating prosecutors' inability to obtain access to classified materials relating to interceptions (see paragraph 14 above). That example also raises doubts as to the effectiveness of supervision by prosecutors in practice.

285. In view of the defects identified above, and taking into account the particular importance of supervision in a system where law-enforcement authorities have direct access to all communications, the Court considers that the prosecutors' supervision of interceptions as it is currently organised is not capable of providing adequate and effective guarantees against abuse.

(η) Notification of interception of communications and available remedies

286. The Court will now turn to the issue of notification of interception of communications which is inextricably linked to the effectiveness of remedies before the courts (see the case-law cited in paragraph 234 above).

287. It may not be feasible in practice to require subsequent notification in all cases. The activity or danger against which a particular series of surveillance measures is directed may continue for years, even decades, after the suspension of those measures. Subsequent notification to each individual affected by a suspended measure might well jeopardise the long-term purpose that originally prompted the surveillance. Furthermore, such notification might serve to reveal the working methods and fields of operation of the intelligence services and even possibly to identify their agents. Therefore, the fact that persons concerned by secret surveillance measures are not subsequently notified once surveillance has ceased cannot by itself warrant the conclusion that the interference was not “necessary in a democratic society”, as it is the very absence of knowledge of surveillance which ensures the efficacy of the interference. As soon as notification can be carried out without jeopardising the purpose of the restriction after the termination of the surveillance measure, information should, however, be provided to the persons concerned (see *Klass and Others*, cited above, § 58, and *Weber and Saravia*, cited above, § 135). The Court also takes note of the Recommendation of the Committee of Ministers regulating the use of personal data in the police sector, which provides that where data concerning an individual have been collected and stored without his knowledge, and unless the data are deleted, he should be informed, where practicable, that information is held about him as soon as the object of the police activities is no longer likely to be prejudiced (§ 2.2, see paragraph 143 above).

288. In *Klass and Others* and *Weber and Saravia*, the Court examined German legislation which provided for notification of surveillance as soon as that could be done after its termination without jeopardising its purpose. The Court took into account that it was an independent authority, the G10 Commission, which had the power to decide whether an individual being monitored was to be notified of a surveillance measure. The Court found that the provision in question ensured an effective notification mechanism which contributed to keeping the interference with the secrecy of telecommunications within the limits of what was necessary to achieve the legitimate aims pursued (see *Klass and Others*, cited above, § 58, and *Weber and Saravia*, cited above, § 136). In *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzchiev and Dumitru Popescu*, the Court found that the absence of a requirement to notify the subject of interception at any point was incompatible with the Convention, in that it deprived the interception subject of an opportunity to seek redress for unlawful interferences with his Article 8 rights and rendered the remedies available under the national law theoretical and illusory rather than practical and effective. The national law thus eschewed an important safeguard against the improper use of special

means of surveillance (see *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev*, cited above, §§ 90-91, and *Dumitru Popescu*, cited above, § 77). By contrast, in *Kennedy* the absence of a requirement to notify the subject of interception at any point in time was compatible with the Convention, because in the United Kingdom any person who suspected that his communications were being or had been intercepted could apply to the Investigatory Powers Tribunal, whose jurisdiction did not depend on notification to the interception subject that there had been an interception of his communications (see *Kennedy*, cited above, § 167).

289. Turning now to the circumstances of the present case, the Court observes that in Russia persons whose communications have been intercepted are not notified of this fact at any point or under any circumstances. It follows that, unless criminal proceedings have been opened against the interception subject and the intercepted data have been used in evidence, or unless there has been a leak, the person concerned is unlikely ever to find out that his communications have been intercepted.

290. The Court takes note of the fact that a person who has somehow learned that his communications have been intercepted may request information about the corresponding data (see paragraph 81 above). It is worth noting in this connection that in order to be entitled to lodge such a request the person must be in possession of the facts of the operational-search measures to which he was subjected. It follows that access to the information is conditional on the person's ability to prove that his communications were intercepted. Furthermore, the interception subject is not entitled to obtain access to documents relating to interception of his communications; he is at best entitled to receive "information" about the collected data. Such information is provided only in very limited circumstances, namely if the person's guilt has not been proved in accordance with the procedure prescribed by law, that is, he has not been charged or the charges have been dropped on the ground that the alleged offence was not committed or that one or more elements of a criminal offence were missing. It is also significant that only information that does not contain State secrets may be disclosed to the interception subject and that under Russian law information about the facilities used in operational-search activities, the methods employed, the officials involved and the data collected constitutes a State secret (see paragraph 52 above). In view of the above features of Russian law, the possibility of obtaining information about interceptions appears to be ineffective.

291. The Court will bear the above factors – the absence of notification and the lack of an effective possibility of requesting and obtaining

information about interceptions from the authorities – in mind when assessing the effectiveness of remedies available under Russian law.

292. Russian law provides that a person claiming that his rights have been or are being violated by a State official performing operational-search activities may complain to the official's superior, a prosecutor or a court (see paragraph 83 above). The Court reiterates that a hierarchical appeal to a direct supervisor of the authority whose actions are being challenged does not meet the requisite standards of independence needed to constitute sufficient protection against the abuse of authority (see, for similar reasoning, *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, §§ 45-47, ECHR 2000-V; *Dumitru Popescu*, cited above, § 72; and *Avanesyan*, cited above, § 32). Prosecutors also lack independence and have a limited scope of review, as demonstrated above (see paragraphs 277-85 above). It remains to be ascertained whether a complaint to a court may be regarded as an effective remedy.

293. There are four judicial procedures which, according to the Government, may be used by a person wishing to complain of the interception of his communications: an appeal, a cassation appeal or a supervisory-review complaint against the judicial decision authorising interception of communications; a judicial-review complaint under Article 125 of the CCrP; a judicial-review complaint under the Judicial Review Act and Chapter 25 of the CCP; and a civil tort claim under Article 1069 of the Civil Code. The Court will examine them in turn.

294. The first of the procedures invoked by the Government is an appeal, cassation appeal or supervisory-review complaint against the judicial decision authorising interception of communications. However, the Constitutional Court stated clearly that the interception subject had no right to appeal against the judicial decision authorising interception of his communications (see paragraph 40 above; see also *Avanesyan*, cited above, § 30). Domestic law is silent on the possibility of lodging a cassation appeal. Given that the Government did not submit any examples of domestic practice on examination of cassation appeals, the Court has serious doubts as to the existence of a right to lodge a cassation appeal against a judicial decision authorising interception of communications. At the same time, the interception subject is clearly entitled to lodge a supervisory-review complaint (see paragraph 43 above). However, in order to lodge a supervisory-review complaint against the judicial decision authorising interception of communications, the person concerned had to be aware that such a decision existed. Although the Constitutional Court has held that it is not necessary to attach a copy of the contested judicial decision to the supervisory-review complaint (*ibid.*), it is difficult to imagine how a person can lodge such a complaint without having at least the minimum information about the

decision he is challenging, such as its date and the court which has issued it. In the absence of notification of surveillance measures under Russian law, an individual would hardly ever be able to obtain that information unless it were to be disclosed in the context of criminal proceedings against him or there was some indiscretion which resulted in disclosure.

295. Further, a complaint under Article 125 of the CCrP may be lodged only by a participant to criminal proceedings while a pre-trial investigation is pending (see paragraphs 88-89 above). This remedy is therefore available only to persons who have learned of the interception of their communications in the framework of criminal proceedings against them. It cannot be used by a person against whom no criminal proceedings have been brought following the interception of his communications and who does not know whether his communications were intercepted. It is also worth noting that the Government did not submit any judicial decisions examining a complaint under Article 125 of the CCrP concerning the interception of communications. They therefore failed to illustrate the practical effectiveness of the remedy invoked by them with examples from the case-law of the domestic courts (see, for similar reasoning, *Rotaru*, cited above, § 70, and *Ananyev and Others*, cited above, §§ 109-10).

296. As regards the judicial-review complaint under the Judicial Review Act, Chapter 25 of the CCP and the new Code of Administrative Procedure and a civil tort claim under Article 1069 of the Civil Code, the burden of proof is on the claimant to show that the interception has taken place and that his rights were thereby breached (see paragraphs 85, 95-96 and 105 above). In the absence of notification or some form of access to official documents relating to the interceptions, such a burden of proof is virtually impossible to satisfy. Indeed, the applicant's judicial complaint was rejected by the domestic courts on the ground that he had failed to prove that his telephone communications had been intercepted (see paragraphs 11 and 13 above). The Court notes that the Government submitted several judicial decisions taken under Chapter 25 of the CCP or Article 1069 of the Civil Code (see paragraphs 220-23 above). However, all of those decisions, with one exception, concern searches or seizures of documents or objects, that is, operational-search measures carried out with the knowledge of the person concerned. Only one judicial decision concerns interception of communications. In that case the intercept subject was able to discharge the burden of proof because she had learned of the interception of her communications in the course of criminal proceedings against her.

297. Further, the Court takes note of the Government's argument that Russian law provides for criminal remedies for abuse of power, unauthorised collection or dissemination of information about a person's private and family life and breach of citizens' right to privacy of communications. For

the reasons set out in the preceding paragraphs these remedies are also available only to persons who are capable of submitting to the prosecuting authorities at least some factual information about the interception of their communications (see paragraph 24 above).

298. The Court concludes from the above that the remedies referred to by the Government are available only to persons who are in possession of information about the interception of their communications. Their effectiveness is therefore undermined by the absence of a requirement to notify the subject of interception at any point, or an adequate possibility of requesting and obtaining information about interceptions from the authorities. Accordingly, the Court finds that Russian law does not provide for an effective judicial remedy against secret surveillance measures in cases where no criminal proceedings were brought against the interception subject. It is not the Court's task in the present case to decide whether these remedies will be effective in cases where an individual learns about the interception of his communications in the course of criminal proceedings against him (see, however, *Avanesyan*, cited above, where some of these remedies were found to be ineffective in order to complain of an "inspection" of the applicant's flat).

299. Lastly, with respect to the remedies to challenge the alleged insufficiency of safeguards against abuse in Russian law before the Russian courts, the Court is not convinced by the Government's argument that such remedies are effective (see paragraphs 156 and 225 above). As regards the possibility of challenging the OSAA before the Constitutional Court, the Court observes that the Constitutional Court has examined the constitutionality of the OSAA on many occasions and found that it was compatible with the Constitution (see paragraphs 40-43, 50, 82 and 85-87 above). In such circumstances the Court finds it unlikely that a complaint by the applicant to the Constitutional Court, raising the same issues that have already been examined by it, would have any prospect of success. Nor is the Court convinced that a challenge of Order no. 70 before the Supreme Court or the lower courts would constitute an effective remedy. Indeed, the applicant did challenge Order no. 70 in the domestic proceedings. However, both the District and City Courts found that the applicant had no standing to challenge the Order because the equipment installed pursuant to it did not in itself interfere with the privacy of his communications (see paragraphs 10-11 and 13 above). It is also significant that the Supreme Court found that Order no. 70 was technical rather than legal in nature (see paragraph 128 above).

300. In view of the above considerations, the Court finds that Russian law does not provide for effective remedies to a person who suspects that he has been subjected to secret surveillance. By depriving the subject

of interception of the effective possibility of challenging interceptions retrospectively, Russian law thus eschews an important safeguard against the improper use of secret surveillance measures.

301. For the above reasons, the Court also rejects the Government's objection as to non-exhaustion of domestic remedies.

(θ) Conclusion

302. The Court concludes that Russian legal provisions governing interceptions of communications do not provide for adequate and effective guarantees against arbitrariness and the risk of abuse which is inherent in any system of secret surveillance, and which is particularly high in a system where the secret services and the police have direct access, by technical means, to all mobile-telephone communications. In particular, the circumstances in which public authorities are empowered to resort to secret surveillance measures are not defined with sufficient clarity. Provisions on discontinuation of secret surveillance measures do not provide sufficient guarantees against arbitrary interference. Domestic law permits automatic storage of clearly irrelevant data and is not sufficiently clear as to the circumstances in which the intercept material will be stored and destroyed after the end of a trial. The authorisation procedures are not capable of ensuring that secret surveillance measures are ordered only when "necessary in a democratic society". The supervision of interceptions, as it is currently organised, does not comply with the requirements of independence, powers and competence which are sufficient to exercise an effective and continuous control, public scrutiny and effectiveness in practice. The effectiveness of the remedies is undermined by the absence of notification at any point of interceptions, or adequate access to documents relating to interceptions.

303. It is significant that the shortcomings in the legal framework as identified above appear to have an impact on the actual operation of the system of secret surveillance which exists in Russia. The Court is not convinced by the Government's assertion that all interceptions in Russia are performed lawfully on the basis of a proper judicial authorisation. The examples submitted by the applicant in the domestic proceedings (see paragraph 12 above) and in the proceedings before the Court (see paragraph 197 above) indicate the existence of arbitrary and abusive surveillance practices, which appear to be due to the inadequate safeguards provided by law (see, for similar reasoning, *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, cited above, § 92; and, by contrast, *Klass and Others*, cited above, § 59, and *Kennedy*, cited above, §§ 168-69).

304. In view of the shortcomings identified above, the Court finds that Russian law does not meet the "quality of law" requirement and is incapable of keeping the "interference" to what is "necessary in a democratic society".

305. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION

306. The applicant complained that he had no effective remedy for his complaint under Article 8. He relied on Article 13 of the Convention, which reads as follows:

“Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

307. Having regard to the findings under Article 8 of the Convention in paragraphs 286 to 300 above, the Court considers that, although the complaint under Article 13 of the Convention is closely linked to the complaint under Article 8 and therefore has to be declared admissible, it is not necessary to examine it separately (see *Liberty and Others*, cited above, § 73).

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

308. 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

309. The applicant claimed 9,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

310. The Government submitted that the claim was excessive, taking into account that the applicant had challenged Russian law *in abstracto* without being in any way personally affected by it. The finding of a violation would therefore constitute sufficient just satisfaction.

311. The Court reiterates that, in the context of the execution of judgments in accordance with Article 46 of the Convention, a judgment in which it finds a violation of the Convention or its Protocols imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned any sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and make all feasible reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible

the situation existing before the breach. Furthermore, in ratifying the Convention, the Contracting States undertake to ensure that their domestic law is compatible with it (see *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev*, cited above, § 111, with further references).

312. The Court considers that the finding of a violation constitutes sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage caused to the applicant.

B. Costs and expenses

313. Before the Chamber, the applicant claimed 26,579 Russian roubles (RUB, approximately EUR 670) on the date of submission) for postal and translation expenses. He relied on postal and fax-service invoices and a translation-services contract.

314. Before the Grand Chamber, the applicant claimed 22,800 pounds sterling (GBP, approximately EUR 29,000 on the date of submission) and EUR 13,800 for legal fees. He relied on lawyers' time-sheets. Relying on bills and invoices, he also claimed GBP 6,833.24 (approximately EUR 8,700 on the date of submission) for translation, travelling and other administrative expenses.

315. The Government accepted the claim for costs and expenses made before the Chamber because it was supported by documentary evidence. As regards the claims for costs and expenses made before the Grand Chamber, the Government submitted that the claims had been submitted more than a month after the hearing. As regards the legal fees, the Government submitted that part of those fees covered the work performed by the representatives before the applicant had signed an authority form and that there was no authority form in the name of Ms Levine. Furthermore, the number of representatives and the number of hours spent by them on the preparation of the case had been excessive. There was moreover no evidence that the applicant had paid the legal fees in question or was under a legal or contractual obligation to pay them. As regards the translation and other administrative expenses, the Government submitted that the applicant had not provided any documents showing that he had paid the amounts claimed. Nor had he proved that the translation expenses had indeed been necessary, given that some of the applicant's lawyers spoke Russian. The rates claimed by the translators had been excessive. Lastly, the travelling expenses had also been excessive.

316. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its

possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 40,000 covering costs under all heads, plus any tax that may be chargeable to the applicant.

C. Default interest

317. 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

1. *Joins*, unanimously, to the merits the Government's objections regarding the applicant's lack of victim status and non-exhaustion of domestic remedies and *declares* the application admissible;
2. *Holds*, unanimously, that there has been a violation of Article 8 of the Convention and *dismisses* the Government's above-mentioned objections;
3. *Holds*, unanimously, that there is no need to examine the complaint under Article 13 of the Convention;
4. *Holds*, by sixteen votes to one, that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant;
5. *Holds*, unanimously,
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months, EUR 40,000 (forty thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
6. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 December 2015.

Lawrence Early
Jurisconsult

Dean Spielmann
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 Dedov;
- (b) partly dissenting opinion of Judge Ziemele.

D.S.
T.L.E.

CONCURRING OPINION OF JUDGE DEDOV

1. Competence of the Court to examine the domestic law *in abstracto*

As pointed out by the Government, doubts may exist as to the Court's competence to examine the quality and effectiveness of the domestic law *in abstracto* without the applicant's victim status being established and without determining that there had been an interference with his right to respect for his private life in practice, and not merely theoretically.

This approach has already been used by the Court in interception cases in order to prevent potential abuses of power. In two leading cases, *Kennedy v. the United Kingdom* (no. 26839/05, §§ 122-23, 18 May 2010) and *Klass and Others v. Germany* (6 September 1978, § 34, Series A no. 28), against two prominent democratic States, namely the United Kingdom and Germany, the Court confirmed the effectiveness of the relevant domestic systems against arbitrariness. However, and regrettably, we cannot ignore the fact that both of these States have recently been involved in major well-publicised surveillance scandals. Firstly, the mobile-telephone conversations of the Federal Chancellor of Germany were unlawfully intercepted by the national secret service, and, secondly, the UK authorities provided a secret service of the United States of America with access to and information about the former State's entire communication database, with the result that the US authorities were able to intercept all UK citizens without being subject to any appropriate domestic safeguards at all.

This indicates that something was wrong with the Court's approach from the very outset. It would perhaps be more effective to deal with applications on an individual basis, so that the Court has an opportunity to establish interference and to find a violation of the Convention, as indeed it regularly finds in relation to unjustified searches of applicants' premises. Generally speaking, the problem in those cases does not concern the authorisation powers of the domestic courts, but the manner in which the judges authorise the requests for investigative searches.

The Court's approach can easily shift from the actual application of the law to the potential for interference. Here are examples from *Kennedy*:

"119. The Court has consistently held in its case-law that its task is not normally to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention (see, *inter alia*, *Klass and Others*, cited above, § 33; *N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002-X; and *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria* (no. 4), no. 72331/01, § 26, 9 November 2006)";

and from *Klass and Others*:

“36. ... The Court finds it unacceptable that the assurance of the enjoyment of a right guaranteed by the Convention could be thus removed by the simple fact that the person concerned is kept unaware of its violation. A right of recourse to the Commission for persons potentially affected by secret surveillance is to be derived from Article 25, since otherwise Article 8 runs the risk of being nullified.”

However, the German and English scandals referred to above confirm that, sooner or later, the individual concerned will become aware of the interception. One may find relevant examples in the Russian context (see *Shimovolov v. Russia*, no. 30194/09, 21 June 2011). The applicant in the present case is not aware of any interception of his communications, and this fact cannot be ignored by the Court.

The Court has on many occasions avoided examining cases *in abstracto* (see *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 March 1983, § 79, Series A no. 61; *Nikolova v. Bulgaria* [GC], no. 31195/96, § 60, ECHR 1999-II; *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no. 13279/05, §§ 68-70, 20 October 2011; *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, no. 38450/05, § 137, ECHR 2013; and *Monnat v. Switzerland*, no. 73604/01, §§ 31-32, ECHR 2006-X). Thus, one can presume that the interception cases are unique. We then need to know the reasons why the Court should change its general approach when examining such cases. Yet we have no idea about what those reasons might be. If the legislation creates the risk of arbitrariness, then we need to see the outcome of that arbitrariness. I am not sure that a few examples (unrelated to the applicant's case) prove that the entire system of safeguards should be revised and strengthened. I would accept such an approach if the Court had a huge backlog of individual repetitive petitions showing that Order no. 70 (on the connection of interception equipment to operators' networks) is not technical in nature but that it creates a structural problem in Russia. If that is the case, however, we need a pilot procedure and a pilot judgment.

Every case in which the Court has found a violation of the Convention (more than 15,000 judgments) is based on the abuse of power, even where the domestic legislation is of good quality. Every abuse of power is a question of ethics, and cannot be eliminated by legislative measures alone.

The Court has consistently held that its task is not to review domestic law and practice *in abstracto* or to express a view as to the compatibility of the provisions of legislation with the Convention, but to determine whether the manner in which they were applied or in which they affected the applicant gave rise to a violation of the Convention (see, among other authorities, in the Article 14 context, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, no. 40825/98, § 90, 31 July 2008).

Article 34 of the Convention does not institute for individuals a kind of *actio popularis* for the interpretation of the Convention; it does not permit individuals to complain of a law *in abstracto* simply because they feel that it contravenes the Convention. In principle, it does not suffice for an individual applicant to claim that the mere existence of a law violates his rights under the Convention; it is necessary that the law should have been applied to his detriment (see *Klass and Others*, cited above, § 33). These principles should not be applied arbitrarily.

2. Legislature and judiciary: the Court should respect differences

This case is very important in terms of the separation of functions between the Court and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, as it is necessary to separate the powers of the legislature and judiciary. The Parliamentary Assembly adopts recommendations, resolutions and opinions which serve as guidelines for the Committee of Ministers, national governments, parliaments and political parties. Ultimately, through conventions, legislation and practice, the Council of Europe promotes human rights, democracy and the rule of law. It monitors member States' progress in these areas and makes recommendations through independent expert monitoring bodies. The European Court of Human Rights rules on individual or State applications alleging violations of the civil and political rights set out in the European Convention on Human Rights. Taking account of the above separation of functions, the examination of a case *in abstracto* is similar to an expert report, but not to a judgment.

Morten Kjaerum, Director of the European Union Agency for Fundamental Human Rights, addressed a joint debate on fundamental rights at the European Parliamentary Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs on 4 September 2014. The Director pointed out, *inter alia*, as follows.

“The Snowden revelations of mass surveillance highlighted the fact that the protection of personal data is under threat. The protection of the right to privacy is far from sufficient when we look across Europe today. Following last year's debates, we very much welcome the European Parliament's request to the Fundamental Rights Agency to further investigate the fundamental rights and safeguards in place in the context of large-scale surveillance programmes. And of course you will be informed probably towards the end of this year about the findings of this particular request.

But it's not only the big surveillance programmes. There are also misgivings about oversight mechanisms in the area of general data protection. When we give data to health authorities, to tax authorities, to other institutions, public or private. We see from the work of the Fundamental Rights Agency that the national oversight structures in the EU are currently too weak to fulfil their mission. Data protection authorities,

which are established in all Member States have an important role to play in the enforcement of the overall data protection system, but the powers and resources of national data protection authorities urgently needs to be strengthened and also their independence needs to be guaranteed.

Finally, I would also highlight that those who are entrusted to store the data, whether it is private or public, that the institutions need to be accountable, at a much stronger level [than] we see today if the safeguards that they create are not sufficiently in place.”

These remarks were addressed to the newly elected members of the European Parliament (rather than to judges), raising issues of concern across Europe and calling for a more sophisticated system of data protection. The aim of the speech was to initiate public debate in order to find effective measures and to promote proper ethical standards in society; the courtroom is not the place for such a debate.

I would suggest that the Court should focus on a particular interference and the effectiveness of the measures in place to prevent that specific violation (as the Court usually does in all other categories of cases). This is the Court’s primary task: to establish that an interference has taken place and then to examine whether the interference was lawful and necessary in a democratic society. It is ethically unacceptable for judges to presume that every citizen in a particular country could be under unlawful secret surveillance without knowledge of the facts. A judgment cannot be built on the basis of allegations.

The Court has used many tools to fight violations. One of them was to find a violation of Article 10 on account of an intelligence service’s refusal to provide information to the applicant organisation about individuals placed under electronic surveillance for a specified period (*Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, no. 48135/06, 25 June 2013). In the operative part of that judgment, the Court invited the Government to ensure that the disputed information was made available to the applicant organisation (without waiting for measures to be proposed by the Committee of Ministers). I recognise this as an effective measure and a judicial success.

3. The “reasonable likelihood” approach should be developed

Establishment of the applicant’s victim status is an integral part of the judicial process. Article 34 of the Convention provides that “[t]he Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto”. The notion of “victim” does not imply the existence of prejudice (see *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 50, ECHR 1999-VII).

The Court has previously ruled that, while the existence of a surveillance regime might interfere with privacy, a claim that this created a violation of rights was justiciable only where there was a “reasonable likelihood” that a person had actually been subjected to unlawful surveillance (see *Esbester v. the United Kingdom*, no. 18601/91, Commission decision of 2 April 1993, unreported; *Redgrave v. the United Kingdom*, no. 20271/92, Commission decision of 1 September 1993, unreported; and *Matthews v. the United Kingdom*, no. 28576/95, Commission decision of 16 October 1996, unreported). These references are to inadmissibility decisions, since all of the allegations of interception were considered manifestly ill-founded.

However, the Court changed its approach completely in *Kennedy*: “... it could not be excluded that secret surveillance measures were applied to him or that [the applicant] was ... potentially at risk of being subjected to such measures” (see *Kennedy*, cited above, §§ 125-29). Today we see that this change in the case-law was not effective.

The term “reasonable likelihood” implies that there are negative consequences for an applicant who is potentially subject to secret surveillance, on account of certain information that is made available to the authorities through interception, and excluding the possibility that this information could be uncovered by other means. The Court made this approach dangerously simple in order to examine the merits of these cases, presuming that persons who are subject to secret supervision by the authorities are not always subsequently informed of such measures against them, and thus it is impossible for the applicants to show that any of their rights have been interfered with. In these circumstances the Court concluded that applicants must be considered to be entitled to lodge an application even if they cannot show that they are victims. The applicants in *Klass and Others* and *Liberty and Others v. the United Kingdom* (no. 58243/00, 1 July 2008) were lawyers and theoretically they could have been subject to secret surveillance in consequence of contacts they may have had with clients suspected of illegal activities (see *Klass and Others*, § 27).

In *Kennedy* the applicant alleged that local calls to his telephone were not being put through to him and that he was receiving a number of time-wasting hoax calls. The applicant suspected that this was because his mail, telephone and email communications were being intercepted, and the Court took this into serious consideration, rejecting the Government’s objections that the applicant had failed to show that there had been interference for the purposes of Article 8, and that he had not established a reasonable likelihood. The Court also rejected the non-exhaustion submissions, in spite of the fact that the applicant had not checked the quality of telecommunications services with his operator, but had made subject access requests to MI5

and GCHQ (the United Kingdom's intelligence agencies responsible for national security) under the Data Protection Act 1998.

Returning to the circumstances of the present case, it can reasonably be concluded that the interconnection between the telecommunication equipment and the interception equipment does not necessarily mean that interception of the applicant's telephone conversations has actually taken place. Nor can the Court base its findings on the presumption of the "possibility of improper action by a dishonest, negligent or over-zealous official" (see *Klass and Others*, §§ 49-50 and 59; *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, § 106, ECHR 2006-XI; and *Kennedy*, §§ 153-54). Equally, the Court cannot presume in general (in order to examine the case *in abstracto*) the existence of State violence against the opposition movements and other democratic institutions in the respondent State, even if corresponding resolutions have been adopted by the Parliamentary Assembly. The Court must maintain its impartiality and neutrality.

4. Role of the judiciary in civil society

Nonetheless, I have voted for admissibility and for the finding of a violation of Article 8 of the Convention on account of the fact that the fundamental importance of safeguards to protect private communications against arbitrary surveillance, especially in the non-criminal context, was never addressed in the domestic proceedings. The Russian courts refused to address the applicant's allegations on the merits, mistakenly referring to the technical nature of the impugned ministerial orders. As a national judge, I cannot ignore the fact that a widespread suspicion exists in Russian society that surveillance is exercised over political and economic figures, including human rights activists, opposition activists and leaders, journalists, State officials, managers of State property – in other words, over all those who are involved in public affairs. Such a suspicion is based on past experience of the totalitarian regime during the Soviet era, and even on the long history of the Russian Empire.

This judgment could serve as a basis for improving the legislation in the sphere of operational and search activities and for establishing an effective system of public control over surveillance. Moreover, this judgment demonstrates that if widespread suspicion exists in society, and if there is no other possibility for society to lift this suspicion without a social contract and appropriate changes in national law and practice, then where the problem is not identified by the other branches of power the judiciary must be active in order to facilitate those changes. This is even more obvious if there are no other means available to protect democracy and the rule of law. This is an important role which the judiciary must play in civil society.

The Court could be criticised for failing to provide more specific reasoning for its *in abstracto* examination within the social context, with the observation that the Court has merely followed its own Chamber case-law. However, the judgment in the present case is a difficult one, since before reaching their conclusion the judges had to take care to establish whether or not all other means were useless. In contrast, in the case of *Clapper v. Amnesty International USA* (568 US 398 (2013)), the US Supreme Court failed to take a step forward, despite the existence of a mass surveillance programme and “the widespread suspicion” of its existence (or, in the words of Justice Breyer in his dissenting opinion, “[the harm] is likely to take place as are most future events that common-sense inference and ordinary knowledge of human nature tell us will happen”). Instead, it rejected as insufficient the argument by the plaintiffs (including human rights, legal and media organisations) that they were likely to be subject to surveillance due to the nature of their work.

I shall stop here, leaving the discussions on judicial aggression, activism or restraint for academics. I should like merely to close my opinion by quoting Edward Snowden: “With each court victory, with every change in the law, we demonstrate facts are more convincing than fear. As a society, we rediscover that the value of a right is not in what it hides, but in what it protects.”

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE ZIEMELE

1. I fully agree with the finding of a violation in this case. The Court has rendered a very important judgment on a matter of principle, since secret surveillance as carried out in the manner described in the facts of the case is, in its very essence, incompatible with the rule of law and the principles of democracy.

2. It is especially in such a context that I cannot agree with the Court's decision not to award any compensation for the non-pecuniary damage sustained. I consider that the applicant's claim for damages was very reasonable (see paragraph 309 of the present judgment) and that the finding of a violation, while very important as a matter of principle in this case, is not appropriate satisfaction for the applicant's specific situation. I therefore voted against operative provision no. 4.

ROMAN ZAKHAROV c. RUSSIE
(Requête n° 47143/06)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 4 DÉCEMBRE 2015¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre à la suite du dessaisissement d'une chambre en application de l'article 30 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Défaillances du cadre juridique régissant la surveillance secrète des communications de téléphonie mobile**

Si l'ordre interne n'offre pas de recours effectif à une personne touchée par une législation autorisant les mesures de surveillance secrète et qui pense avoir fait l'objet d'une telle surveillance, la personne concernée n'a pas besoin d'établir l'existence d'un risque que des mesures de surveillance secrète lui aient été appliquées. Si en revanche l'ordre interne comporte des recours effectifs, l'intéressé peut se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures uniquement s'il est à même de montrer qu'en raison de sa situation personnelle il est potentiellement exposé au risque de subir pareilles mesures (paragraphe 171 de l'arrêt).

Article 8

Respect de la vie privée – Défaillances du cadre juridique régissant la surveillance secrète des communications de téléphonie mobile – Ingérence – Prévues par la loi – Accessibilité – Prévisibilité – Garanties contre les abus – Nécessaire dans une société démocratique – Sécurité nationale – Sûreté publique – Latitude quasi illimitée des autorités – Insuffisante clarté des circonstances dans lesquelles les autorités peuvent recourir à des mesures de surveillance secrète – Dispositions sur la levée des mesures de surveillance manquant de garanties suffisantes contre l'arbitraire – Conservation automatique de données manifestement dénuées d'intérêt – Absence de clarté quant aux circonstances dans lesquelles les éléments interceptés doivent être conservés ou détruits après le procès – Contrôle juridictionnel de portée limitée au stade de l'autorisation – Procédures d'autorisation impropres à garantir que les mesures de surveillance secrète ne soient ordonnées que lorsque cela est « nécessaire dans une société démocratique » – Capacité des autorités à contourner la procédure d'autorisation et à intercepter directement toute communication – Ineffectivité des systèmes de contrôle – Organes de contrôle non ouverts à un droit de regard du public et manquant d'indépendance et de pouvoirs face aux infractions décelées – Absence de notification des interceptions – Défaut d'accès aux documents et informations relatifs aux interceptions – Ineffectivité du contrôle juridictionnel

Article 34

Victime – Usager de téléphonie mobile se plaignant d'un système de surveillance secrète non assorti de recours internes effectifs – Conditions dans lesquelles un requérant peut se

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

prétendre victime d'une violation de l'article 8 sans avoir à démontrer que des mesures de surveillance secrète lui ont bien été appliquées – Nécessité d'empêcher que les mesures de surveillance secrète soient en pratique inattaquables et échappent au contrôle des juridictions nationales et de la Cour – Requéran touché par la législation autorisant les mesures de surveillance secrète – Disponibilité et effectivité des recours internes – Niveau de contrôle de la Cour en fonction de l'effectivité des recours internes – Dérrogation à la règle selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se plaindre d'une loi in abstracto

*

* *

En fait

Le requérant, qui était rédacteur en chef d'une maison d'édition, engagea une procédure judiciaire contre trois opérateurs de réseaux mobiles, alléguant une atteinte à son droit au respect du caractère privé de ses communications téléphoniques. Il estimait qu'en application du droit interne pertinent, les opérateurs avaient mis en place un dispositif permettant au Service fédéral de sécurité d'intercepter toute communication téléphonique sans autorisation judiciaire préalable. Il pria le tribunal d'émettre une injonction ordonnant le retrait du dispositif en question et de veiller à ce que l'accès aux télécommunications ne fût donné qu'aux seules personnes autorisées.

Les juridictions russes déboutèrent l'intéressé, considérant qu'il n'avait pas démontré que ses conversations téléphoniques avaient été interceptées et que les opérateurs de réseaux mobiles avaient transmis des informations protégées à des personnes non autorisées. Elles estimèrent aussi que l'installation du dispositif visé par le requérant ne constituait pas en soi une atteinte au caractère privé de ses communications.

Dans la procédure fondée sur la Convention, le requérant alléguait que le système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile en Russie n'était pas conforme aux exigences de l'article 8. Le 11 mars 2014, une chambre de la Cour s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre.

En droit

Article 8 :

a) *Qualité de victime* – L'approche de la Cour dans l'affaire *Kennedy c. Royaume-Uni* (n° 26839/05, 18 mai 2010) est la mieux adaptée à la nécessité de veiller à ce que le caractère secret des mesures de surveillance ne conduise pas à ce qu'elles soient en pratique inattaquables et qu'elles échappent au contrôle des autorités judiciaires nationales et de la Cour. Dès lors, un requérant peut se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures de surveillance secrète ou d'une législation permettant de telles mesures si les conditions ci-après sont remplies.

i. *Portée de la législation* – La Cour prendra en considération la portée de la législation autorisant les mesures de surveillance secrète et recherchera pour cela si le

requérant peut éventuellement être touché par la législation litigieuse, soit parce qu'il appartient à un groupe de personnes visées par elle, soit parce qu'elle concerne directement l'ensemble des usagers des services de communication en instaurant un système dans lequel tout un chacun peut voir intercepter ses communications.

ii. Disponibilité de recours au niveau national – La Cour tiendra compte de la disponibilité de recours sur le plan national et ajustera le niveau de son contrôle en fonction de l'effectivité de ces recours. Lorsque l'ordre interne n'offre pas de recours effectif, les soupçons et les craintes de la population quant à l'usage abusif qui pourrait être fait des pouvoirs de surveillance secrète ne sont pas injustifiés. Dans ces circonstances, on est fondé à alléguer que la menace de surveillance restreint par elle-même la liberté de communiquer au moyen des services des postes et télécommunications et constitue donc, pour chaque usager ou usager potentiel, une atteinte directe au droit garanti par l'article 8. Un contrôle accru par la Cour s'avère donc nécessaire, et il se justifie de déroger à la règle selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se plaindre d'une loi *in abstracto*. En pareil cas, la personne concernée n'a pas besoin d'établir l'existence d'un risque que des mesures de surveillance secrète lui aient été appliquées. Si en revanche l'ordre interne comporte des recours effectifs, des soupçons généralisés d'abus sont plus difficiles à justifier. Dans ce cas de figure, l'intéressé peut se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures uniquement s'il est à même de montrer qu'en raison de sa situation personnelle il est potentiellement exposé au risque de subir pareilles mesures.

En l'espèce, la législation incriminée frappe directement tout usager des services de téléphonie mobile, car elle a instauré un système de surveillance secrète dans le cadre duquel tout usager de services de téléphonie mobile proposés par des fournisseurs nationaux peut voir intercepter ses communications de téléphonie mobile, sans jamais être informé de cette surveillance. En outre, le droit interne n'offre pas de recours effectifs à une personne qui pense avoir fait l'objet d'une surveillance secrète. L'examen *in abstracto* de la législation pertinente est donc justifié. Le requérant n'a pas à établir qu'il est exposé au risque de faire l'objet d'une surveillance secrète en raison de sa situation personnelle. Dès lors, il est en droit de se prétendre victime d'une violation de la Convention.

Conclusion: rejet de l'exception préliminaire (unanimité).

b) *Fond* – La simple existence de la législation incriminée constitue en soi une ingérence dans l'exercice par l'intéressé des droits découlant de l'article 8. Les interceptions des communications de téléphonie mobile ont une base en droit interne et poursuivent les buts légitimes que sont la protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique, la prévention des infractions pénales et la protection du bien-être économique du pays. Il reste à vérifier si le droit interne est accessible et s'il contient des garanties et des garde-fous suffisants et effectifs propres à satisfaire aux exigences de « prévisibilité » et de « nécessité dans une société démocratique ».

i. Accessibilité – Les parties s'accordent à dire que la quasi-totalité des dispositions juridiques internes régissant la surveillance secrète ont fait l'objet d'une publication officielle et sont accessibles aux citoyens. Bien qu'il y ait désaccord quant à l'accessibilité d'autres dispositions, la Cour note que celles-ci ont été publiées dans un magazine ministériel officiel et qu'il est possible de les consulter par le biais d'une base de données juridique sur Internet ; dès lors, elle estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette question plus avant.

ii. Champ d'application des mesures de surveillance secrète – La nature des infractions pouvant donner lieu à un mandat d'interception est suffisamment claire. Il est toutefois préoccupant de constater que le droit interne autorise l'interception secrète des communications pour un très large éventail d'infractions pénales. Par ailleurs, une interception peut être ordonnée non seulement à l'égard d'un suspect ou d'un prévenu, mais aussi d'une personne susceptible de détenir des informations sur une infraction. Si la Cour a dit précédemment que les mesures d'interception visant une personne qui détient des informations sur une infraction pouvaient être justifiées au regard de l'article 8, elle relève cependant en l'espèce que le droit interne ne précise pas qui en pratique est susceptible d'appartenir à cette catégorie. La législation ne donne pas non plus d'indication sur les circonstances dans lesquelles des communications peuvent être interceptées en raison de faits ou d'activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie. Au contraire, elle confère aux autorités une latitude quasi illimitée lorsqu'il s'agit de déterminer quels faits ou actes représentent pareille menace, et si celle-ci est grave au point de justifier une surveillance secrète. Il en résulte des risques d'abus.

iii. Durée des mesures de surveillance secrète – Le droit interne comporte, au sujet de la durée et de la prorogation d'une mesure d'interception, des règles claires qui offrent des garde-fous adéquats contre les abus, mais en revanche les dispositions pertinentes sur la levée de mesures de surveillance ne fournissent pas des garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires.

iv. Procédures à suivre, notamment pour la conservation et la destruction des données interceptées – Le droit interne comporte en matière de conservation, d'utilisation et de communication de données interceptées des règles claires qui permettent de réduire au minimum le risque d'accès ou de divulgation non autorisés. Cependant, bien que la Cour juge raisonnable la durée maximale de six mois applicable à la conservation des éléments interceptés si la personne concernée n'a pas été inculpée d'une infraction pénale, elle déplore l'absence d'obligation de détruire sur-le-champ les données qui n'ont pas de rapport avec le but pour lequel elles ont été recueillies. La conservation automatique, six mois durant, de données manifestement dénuées d'intérêt ne saurait passer pour justifiée au regard de l'article 8. En outre, dans le cas où la personne surveillée a été inculpée d'une infraction pénale, le droit interne laisse au juge du fond une latitude illimitée pour décider de la conservation ou de la destruction à venir des éléments interceptés qui ont servi de

preuves. Les citoyens ordinaires n'ont donc aucune indication sur les circonstances dans lesquelles les éléments interceptés peuvent être conservés. Le droit interne manque donc de clarté sur ce point.

v. Autorisation des interceptions – Concernant les procédures d'autorisation, toute interception de communications téléphoniques ou autres doit être autorisée par un tribunal. Le contrôle juridictionnel a toutefois une portée limitée. En particulier, le matériel contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police, ou sur l'organisation et la tactique afférentes aux mesures opérationnelles d'investigation, ne peut pas être soumis au juge et est donc exclu de l'examen effectué par le tribunal. Ainsi, la non-divulgaration aux tribunaux des informations pertinentes ôte à ceux-ci le pouvoir de vérifier s'il existe une base factuelle suffisante pour soupçonner la personne visée par la demande de mesures d'être l'auteur d'une infraction pénale ou d'activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays. En effet, rien n'impose aux juges russes de vérifier l'existence d'un « soupçon raisonnable » à l'égard de la personne concernée ou d'appliquer les critères de « nécessité » et de « proportionnalité ».

Par ailleurs, le droit interne pertinent ne renferme aucune prescription quant au contenu de la demande ou de l'autorisation d'interception. En conséquence, il arrive que les tribunaux autorisent l'interception de toutes les communications téléphoniques dans le secteur où une infraction pénale a été commise, sans mentionner une personne précise ou un numéro de téléphone particulier. Certaines autorisations n'indiquent pas la période pendant laquelle l'interception est permise. De telles autorisations confèrent une très grande latitude aux services d'application des lois quant au type de communications à intercepter et à la durée de la mesure. En outre, dans les cas d'urgence, il est possible d'intercepter des communications sans autorisation judiciaire préalable, et ce pendant une durée maximale de quarante-huit heures. Cependant, la procédure d'urgence ne comporte pas de garanties suffisantes pour en assurer une utilisation parcimonieuse et limitée aux cas dûment justifiés. Le droit interne ne restreint pas l'utilisation de cette procédure aux cas impliquant un péril grave et imminent et laisse donc aux autorités une latitude illimitée pour déterminer dans quelles situations il se justifie d'y recourir, ce qui engendre des risques de recours abusif à cette procédure. De surcroît, bien que le droit interne exige qu'un juge soit informé sur-le-champ de chaque cas d'interception d'urgence, le pouvoir du juge se borne à la délivrance d'une autorisation de proroger la mesure d'interception au-delà de quarante-huit heures. Dès lors, le droit russe ne prévoit pas un contrôle juridictionnel effectif de la procédure d'urgence.

En somme, les procédures d'autorisation existant en droit russe ne sont pas aptes à garantir que les mesures de surveillance secrète ne soient pas ordonnées au hasard, irrégulièrement ou sans examen approprié et convenable.

Une difficulté supplémentaire tient au fait que les services d'application des lois ne sont généralement pas contraints par le droit interne à présenter une autorisation judiciaire au fournisseur de services de communication pour avoir accès à des

communications, tandis que de leur côté les fournisseurs de services de communication sont tenus d'installer un dispositif offrant aux services d'application des lois un accès direct à toutes les communications de téléphonie mobile de tous les usagers. Le système est donc particulièrement exposé aux abus.

vi. Contrôle – L'interdiction prévue par le droit interne de consigner ou d'enregistrer les interceptions empêche l'autorité de contrôle de repérer les interceptions réalisées sans autorisation judiciaire en bonne et due forme. Combinée à la capacité technique des services d'application des lois d'intercepter directement les communications, cette règle rend tout système de contrôle impropre à détecter les interceptions irrégulières, et donc ineffectif.

Lorsque les interceptions sont effectuées en vertu d'une autorisation judiciaire en bonne et due forme, le contrôle par les juridictions se limite au stade initial de l'autorisation. Quant au contrôle ultérieur, il est confié au président, au Parlement, au gouvernement, au procureur général et aux procureurs de rang inférieur compétents. Or le droit russe ne définit pas la manière dont le président, le Parlement et le gouvernement peuvent contrôler les interceptions. Il n'y a pas de règlements ou d'instructions accessibles au public qui décrivent la portée de leur examen, les conditions dans lesquelles il peut avoir lieu, ou les procédures applicables pour le contrôle des mesures de surveillance ou la réparation des infractions décelées.

Si un cadre légal ménage, en théorie au moins, un certain contrôle des procureurs, il n'est pas à même en pratique d'offrir des garanties adéquates et effectives contre les abus. Singulièrement :

- l'indépendance des procureurs suscite des doutes, car ceux-ci sont nommés et révoqués par le procureur général après consultation des autorités exécutives régionales et ont des fonctions qui se recoupent puisqu'ils approuvent les demandes d'interception puis contrôlent la mise en œuvre de l'opération ;
- la portée de leur contrôle est limitée (les procureurs n'ont pas d'informations sur le travail des agents infiltrés, et les mesures de surveillance liées au contre-renseignement échappent à leur contrôle, car les personnes concernées ignorent qu'elles font l'objet d'une surveillance et ne peuvent donc pas porter plainte) ;
- leurs pouvoirs sont limités. Ainsi, même s'ils peuvent prendre des mesures afin de faire cesser ou réparer les infractions et afin qu'une action soit engagée contre leurs auteurs, aucune disposition particulière n'exige la destruction des éléments interceptés de manière illégale ;
- leur contrôle ne permet pas le droit de regard et l'information des citoyens, car leurs rapports ne sont ni publiés ni d'une autre manière rendus accessibles au public ;
- le Gouvernement n'a soumis aucun rapport d'inspection ni aucune décision du parquet ayant ordonné l'adoption de mesures destinées à faire cesser ou à réparer une infraction à la loi qui a été décelée.

vii. Notification de l'interception et recours disponibles – Les personnes dont les communications ont été interceptées ne reçoivent pas notification de cette mesure.

À moins qu'une procédure pénale ait été déclenchée contre le sujet de l'interception et que les données interceptées aient servi d'éléments de preuve, il est peu probable que la personne concernée apprenne un jour qu'il y a eu interception de ses communications.

Une personne ayant appris d'une manière ou d'une autre que ses communications ont été interceptées peut demander des informations sur les données correspondantes. Cependant, pour pouvoir former pareille demande elle doit avoir connaissance de faits touchant aux mesures opérationnelles d'investigation dont elle a été l'objet. L'accès aux informations est donc subordonné à la capacité de l'intéressé à prouver qu'il y a eu interception de ses communications. En outre, le sujet de l'interception n'a pas de droit d'accès aux documents relatifs à l'interception de ses communications : il peut, au mieux, recevoir « des informations » sur les données recueillies. Ces informations ne sont fournies que dans des cas très limités, à savoir lorsque la culpabilité de l'intéressé n'a pas été établie selon les voies légales et que les informations ne contiennent pas de secrets d'État. Étant donné qu'en droit russe les informations relatives aux installations utilisées pour la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation, aux méthodes employées, aux agents qui sont intervenus et aux données recueillies constituent un secret d'État, la possibilité d'obtenir des informations sur des interceptions apparaît ineffective.

Les recours judiciaires évoqués par le Gouvernement sont ouverts uniquement aux personnes qui disposent d'informations relatives à l'interception de leurs communications. L'effectivité de ces recours est donc compromise par l'absence d'obligation de donner notification à la personne visée par l'interception, et par l'inexistence d'une possibilité satisfaisante de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions. En conséquence, le droit russe n'offre pas de recours judiciaire effectif contre les mesures de surveillance secrète dans les cas où une procédure pénale n'a pas été engagée contre le sujet de l'interception.

En somme, les dispositions juridiques internes régissant l'interception de communications ne comportent pas de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et le risque d'abus. Le droit interne ne satisfait pas à l'exigence relative à la « qualité de la loi » et n'est pas à même de limiter l'« ingérence » à ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ».

Conclusion : violation (unanimité).

Article 41 : le constat d'une violation représente une satisfaction équitable suffisante pour tout préjudice moral.

Jurisprudence citée par la Cour

Amann c. Suisse [GC], n° 27798/95, CEDH 2000-II

Ananyev et autres c. Russie, nos 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012

Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme

et Ekimdjev c. Bulgarie, n° 62540/00, 28 juin 2007

Avanesyan c. Russie, n° 41152/06, 18 septembre 2014

- Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], n° 47848/08, CEDH 2014
- Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V
- Christie c. Royaume-Uni*, n° 21482/93, décision de la Commission du 27 juin 1994, Décisions et rapports 78-B
- Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)*, n° 71525/01, 26 avril 2007
- Esbester c. Royaume-Uni*, n° 18601/91, décision de la Commission du 2 avril 1993, non publiée
- Greuter c. Pays-Bas*, n° 40045/98, 19 mars 2002
- Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III
- Huvig c. France*, 24 avril 1990, série A n° 176-B
- Iliya Stefanov c. Bulgarie*, n° 65755/01, 22 mai 2008
- Iordachi et autres c. Moldova*, n° 25198/02, 10 février 2009
- Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05, 18 mai 2010
- Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, CEDH 2000-V
- Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28
- Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 4)*, n° 72331/01, 9 novembre 2006
- Kvasnica c. Slovaquie*, n° 72094/01, 9 juin 2009
- L. c. Norvège*, n° 13564/88, décision de la Commission du 8 juin 1990, Décisions et rapports 65
- Leander c. Suède*, 26 mars 1987, série A n° 116
- Liberty et autres c. Royaume-Uni*, n° 58243/00, 1^{er} juillet 2008
- Liou c. Russie*, n° 42086/05, 6 décembre 2007
- Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, série A n° 82
- Matthews c. Royaume-Uni*, n° 28576/95, décision de la Commission du 16 octobre 1996, non publiée
- Mentchinskaïa c. Russie*, n° 42454/02, 15 janvier 2009
- N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, CEDH 2002-X
- Prado Bugallo c. Espagne*, n° 58496/00, 18 février 2003
- Redgrave c. Royaume-Uni*, n° 20271/92, décision de la Commission du 1^{er} septembre 1993, non publiée
- Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V
- S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n^{os} 30562/04 et 30566/04, CEDH 2008
- Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V
- Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, CEDH 2006-XI

En l'affaire Roman Zakharov c. Russie,

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

Dean Spielmann, *président*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Luis López Guerra,
Khanlar Hajiyev,
Angelika Nußberger,
Julia Laffranque,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki,
Paul Lemmens,
Helena Jäderblom,
Faris Vehabović,
Ksenija Turković,
Dmitry Dedov, *juges*,

et de Lawrence Early, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 24 septembre 2014 et le 15 octobre 2015,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 47143/06) dirigée contre la Fédération de Russie et dont un ressortissant de cet État, M. Roman Andreyevich Zakharov (« le requérant »), a saisi la Cour le 20 octobre 2006 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 a d'abord été représenté par M. B. Gruzd, avocat à Saint-Petersbourg. Par la suite, il a été représenté par des avocats de l'organisation non gouvernementale Memorial Human Rights Centre/EHRAC, sise à Moscou. Le gouvernement russe (« le Gouvernement ») a été représenté par M. G. Matyushkin, représentant de la Fédération de Russie auprès de la Cour.

3. Le requérant alléguait que le système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile en Russie avait emporté violation du son

droit au respect de sa vie privée et de sa correspondance et qu'il n'avait pas disposé d'un recours effectif permettant de s'en plaindre.

4. Le 19 octobre 2009, la requête a été communiquée au Gouvernement.

5. Le 11 mars 2014, la chambre de la première section à laquelle la requête avait été attribuée (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»), composée de Isabelle Berro, présidente, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos, Erik Møse, Ksenija Turković, Dmitry Dedov, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 24 septembre 2014 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. G. Matyushkin, représentant de la Fédération de Russie
auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, *agent*,
M^{mes} O. Sirotkina,
I. Korieva,
O. Iurchenko,
MM. O. Afanasev,
A. Lakov, *conseillers*;

– *pour le requérant*

M. P. Leach,
M^{me} K. Levine,
M. K. Koroteev,
M^{mes} A. Razhikova, *conseils*,
E. Levchishina, *conseiller*.

La Cour a entendu en leurs déclarations M. Matyushkin, M. Leach, M^{me} Levine, M^{me} Razhikova et M. Koroteev, ainsi que M. Matyushkin et M. Leach en leurs réponses aux questions posées par des juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant est né en 1977 et réside à Saint-Pétersbourg.

8. Il est le rédacteur en chef d'une maison d'édition et d'un magazine d'aviation. Par ailleurs, il préside la branche pétersbourgeoise de la Fondation pour la défense de la glasnost, une organisation non gouverne-

mentale (ONG) qui surveille la situation en matière de liberté des médias dans les régions russes, défend l'indépendance des médias régionaux, la liberté d'expression et le respect des droits des journalistes, et offre à ceux-ci un soutien juridique, notamment par la voie procédurale.

9. Il était abonné aux services de plusieurs opérateurs de réseaux mobiles.

10. Le 23 décembre 2003, il engagea une procédure judiciaire contre trois opérateurs de réseaux mobiles, alléguant une atteinte à son droit au respect du caractère privé de ses communications téléphoniques. Il plaidait qu'en application de l'arrêté n° 70 (paragraphe 115-122 ci-dessous) pris par la Commission nationale des communications et des technologies de l'information – le prédécesseur du ministère des Communications et des Technologies de l'information («le ministère des Communications») –, les opérateurs de réseaux mobiles avaient mis en place un dispositif permettant au Service fédéral de sécurité (FSB) d'intercepter toute communication téléphonique sans autorisation judiciaire préalable. Il considérait que l'arrêté n° 70, qui n'avait jamais été publié, restreignait indûment le droit au respect de sa vie privée. Il pria le tribunal d'émettre une injonction ordonnant le retrait du dispositif installé en application de l'arrêté n° 70 et de veiller à ce que l'accès aux communications de téléphonie mobile ne fût donné qu'aux seules personnes autorisées. Le ministère des Communications et la section du FSB de Saint-Petersbourg et de la région de Leningrad intervinrent dans la procédure en tant que tierce partie.

11. Le 5 décembre 2005, le tribunal du district Vassileostrovski de Saint-Petersbourg («le tribunal de district») débouta le requérant au motif qu'il n'avait pas démontré que les opérateurs de réseaux mobiles avaient transmis la moindre information protégée à des personnes non autorisées ou permis l'interception illimitée ou non autorisée de communications. Le tribunal de district indiqua que le dispositif visé par l'intéressé avait été mis en place pour permettre aux organes d'application des lois de mener à bien des mesures opérationnelles d'investigation suivant la procédure prévue par la loi. Il estima que l'installation d'un tel dispositif ne constituait pas en soi une atteinte au caractère privé des communications du requérant, lequel, selon lui, n'avait établi aucun fait susceptible de justifier un constat de violation de son droit au respect du caractère privé de ses communications téléphoniques.

12. Le requérant interjeta appel. Il alléguait en particulier que le tribunal de district avait écarté des éléments de preuve de divers documents, dont deux décisions judiciaires autorisant rétroactivement l'interception de communications de téléphonie mobile ainsi qu'un addendum au contrat type de prestation de services émis par l'un des opérateurs de réseaux mobiles. La première décision de justice, rendue le 8 octobre 2002, avait autorisé

l'interception des communications de téléphonie mobile de plusieurs personnes du 1^{er} au 5 avril, du 19 au 23 juin, du 30 juin au 4 juillet, et du 16 au 20 octobre 2001. La seconde décision judiciaire, du 18 juillet 2003, avait autorisé l'interception des communications de téléphonie mobile d'un certain M. E. du 11 avril au 11 octobre 2003. Quant à l'addendum, il informait l'abonné que si son numéro était utilisé pour lancer des menaces terroristes, l'opérateur de réseau mobile pouvait suspendre la prestation de services téléphoniques et transmettre les données recueillies aux organes d'application des lois. Selon le requérant, les décisions judiciaires et l'addendum en question prouvaient que les opérateurs de réseaux mobiles et les organes d'application des lois étaient techniquement capables d'intercepter toute communication téléphonique sans obtention préalable d'une autorisation judiciaire et qu'ils procédaient couramment à des interceptions non autorisées.

13. Le 26 avril 2006, le tribunal de Saint-Petersbourg confirma en appel le jugement de première instance. Il réitéra le constat du tribunal de district selon lequel le requérant n'avait pas démontré que ses communications téléphoniques avaient été interceptées. Il ajouta que l'intéressé n'avait pas non plus établi le risque que son droit au respect du caractère privé de ses communications téléphoniques pût subir une atteinte illégale. Il indiqua qu'il aurait fallu, pour montrer l'existence d'un tel risque, que le requérant prouvât que les défendeurs avaient agi dans l'illégalité; or, selon la juridiction d'appel, les opérateurs de réseaux mobiles étaient tenus en vertu de la loi d'installer un dispositif permettant aux organes d'application des lois de mettre en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation, dispositif dont l'existence ne portait pas en soi atteinte au caractère privé des communications du requérant. Le tribunal de Saint-Petersbourg estima légal le refus d'admettre comme éléments de preuve les décisions judiciaires du 8 octobre 2002 et du 18 juillet 2003, dès lors qu'elles avaient été prises à l'égard de tiers et ne concernaient pas le requérant. Par ailleurs, il admit comme élément de preuve et examina l'addendum au contrat du fournisseur de services, mais conclut que ce document ne contenait aucune information justifiant le réexamen du jugement rendu par le tribunal de district.

14. Il ressort d'un document soumis par le requérant qu'en janvier 2007 l'ONG Contrôle civil demanda au parquet général de procéder à l'examen des arrêtés pris par le ministère des Communications en matière d'interception de communications, en vue de vérifier leur compatibilité avec la législation fédérale. En février 2007, un membre du parquet général appela cette ONG pour lui demander des copies des annexes non publiées de l'arrêté n° 70, indiquant que le parquet n'avait pas pu en obtenir auprès du ministère des Communications. En avril 2007, le parquet général refusa de procéder à l'examen sollicité.

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Le droit au respect de la vie privée et de la correspondance

15. La Constitution garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée, de ses secrets personnels et familiaux, ainsi que le droit de défendre son honneur et sa réputation (article 23 § 1). Elle garantit également le droit au respect de la correspondance et des communications téléphoniques, postales, télégraphiques et autres. Ce droit ne peut être restreint qu'en vertu d'une décision de justice (article 23 § 2).

16. Par ailleurs, la Constitution dispose qu'il est interdit de recueillir, conserver, utiliser ou diffuser des informations relatives à la vie privée d'une personne sans son consentement. Les services centraux et municipaux doivent veiller à ce que toute personne ait accès aux documents et pièces touchant à ses droits et libertés, sauf disposition contraire de la loi (article 24).

17. La loi sur les communications du 7 juillet 2003 (n° 126-FZ) garantit le caractère privé des communications postales, télégraphiques et autres passant par des réseaux de télécommunications ou des services de courrier. Les restrictions au caractère privé des communications ne sont permises que dans les cas prévus par la législation fédérale (article 63 § 1). L'interception de communications est subordonnée à une autorisation judiciaire préalable, sauf dans les cas indiqués par la législation fédérale (article 63 § 3).

18. Le 2 octobre 2003, dans sa décision n° 345-O, la Cour constitutionnelle a déclaré que le droit au respect du caractère privé des communications téléphoniques couvrait toutes les données transmises, conservées ou découvertes au moyen d'un dispositif téléphonique, y compris les métadonnées telles que les informations sur les connexions entrantes et sortantes d'un abonné spécifique. La haute juridiction a ajouté que la surveillance de telles données était elle aussi subordonnée à une autorisation judiciaire préalable.

B. La responsabilité pour atteinte à la vie privée

19. La collecte ou la diffusion non autorisées d'informations sur la vie privée ou familiale d'un individu sans son consentement, si elle est accomplie dans un intérêt mercantile ou un autre intérêt personnel et porte atteinte aux droits et aux intérêts légitimes du citoyen, est passible d'une amende, d'une peine de travail obligatoire ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de quatre mois. Le même acte commis par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions est passible d'une amende, de l'interdiction d'occuper certains postes ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de six mois (article 137 du code pénal).

20. Toute atteinte au droit du citoyen au respect du caractère privé de ses communications postales, télégraphiques, téléphoniques ou autres est passible d'une amende ou d'une peine de travail obligatoire. Le même acte commis par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions est passible d'une amende, de l'interdiction d'occuper certains postes ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de quatre mois (article 138 du code pénal).

21. L'abus de pouvoir par un agent de l'État, s'il est commis dans un intérêt mercantile ou un autre intérêt personnel et porte gravement atteinte aux droits et aux intérêts légitimes d'une personne physique ou morale, est passible d'une amende, de l'interdiction d'occuper certains postes ou de prendre part à certaines activités pendant une période maximale de cinq ans, d'une peine de travail obligatoire d'une durée maximale de quatre ans ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée comprise entre quatre mois et quatre ans (article 285 § 1 du code pénal).

22. Les actes par lesquels un agent de l'État, outrepassant manifestement le cadre de ses prérogatives, porte gravement atteinte aux droits et aux intérêts légitimes d'une personne physique ou morale, sont passibles d'une amende, de l'interdiction d'occuper certains postes ou de prendre part à certaines activités pendant une période maximale de cinq ans, d'une peine de travail obligatoire d'une durée maximale de quatre ans ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée comprise entre quatre mois et quatre ans (article 286 § 1 du code pénal).

23. Dans son arrêt n° 19 du 16 octobre 2009, la formation plénière de la Cour suprême a dit qu'en vertu des articles 285 et 286 du code pénal « une atteinte grave aux droits et aux intérêts légitimes d'une personne physique ou morale » signifiait une violation des droits et libertés garantis par les principes généralement reconnus et les dispositions du droit international et de la Constitution russe – comme le droit d'une personne au respect de son honneur et de sa dignité, de sa vie privée ou familiale, de sa correspondance, de ses communications téléphoniques, postales, télégraphiques et autres, ou encore à l'inviolabilité de son domicile. Dans le cas d'une personne morale, pour déterminer si l'atteinte est « grave » il faut prendre en compte l'étendue du dommage subi en raison de l'acte illégal, la nature et le montant du préjudice matériel, le nombre de personnes touchées et la gravité du dommage corporel, matériel ou moral qui a été infligé à celles-ci (paragraphe 18.2 dudit arrêt).

24. Une procédure pénale est ouverte si des éléments factuels suffisants montrent qu'une infraction pénale a été commise (article 140 § 2 du code de procédure pénale).

C. Dispositions générales sur l'interception de communications

25. L'interception de communications est régie par la loi n° 144-FZ du 12 août 1995 sur les mesures opérationnelles d'investigation (« LMOI »), qui est applicable à l'interception de communications tant dans le cadre d'une procédure pénale qu'en dehors d'un tel cadre, et par le code de procédure pénale n° 174-FZ du 18 décembre 2001 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 – « CPP »), qui s'applique uniquement à l'interception de communications dans le cadre d'une procédure pénale.

26. Les mesures opérationnelles d'investigation visent plusieurs buts : a) la détection, la prévention, la répression des infractions pénales et les investigations sur celles-ci, ainsi que l'identification des personnes qui se préparent à commettre une infraction pénale, qui en commettent ou qui en ont commis une ; b) la recherche des personnes qui tentent de se soustraire à la justice et des personnes portées disparues ; c) l'obtention d'informations sur des faits ou activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie (article 2 de la LMOI). Le 25 décembre 2008, l'article 2 de la LMOI a été amendé par l'adjonction d'un nouvel objectif, à savoir l'obtention d'informations sur des biens faisant l'objet d'une mesure de confiscation.

27. Les agents et organes de l'État qui mettent en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation doivent faire preuve de respect envers la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance des citoyens. Il est interdit de recourir à de telles mesures pour atteindre des buts ou objectifs autres que ceux prévus par la loi (article 5 §§ 1 et 2 de la LMOI).

28. Il n'est pas permis aux agents et organes de l'État a) de procéder à des mesures opérationnelles d'investigation dans l'intérêt de partis politiques ou d'organisations à but non lucratif ou à caractère religieux ; b) de procéder en secret à des mesures opérationnelles d'investigation visant des services fédéraux, régionaux ou municipaux, des partis politiques ou des organisations à but non lucratif ou à caractère religieux dans le but d'influer sur leurs activités ou décisions ; c) de communiquer à quiconque les données recueillies au cours des mesures opérationnelles d'investigation si ces données concernent la vie privée ou familiale d'un citoyen ou nuisent à sa réputation ou à sa renommée, excepté dans les cas visés par la législation fédérale ; d) d'inciter ou d'induire quelqu'un à commettre une infraction pénale, ou de lui tendre un piège à cet effet ; e) de falsifier les résultats de mesures opérationnelles d'investigation (article 5 § 8 de la LMOI).

29. Les mesures opérationnelles d'investigation englobent notamment l'interception de communications postales, télégraphiques, téléphoniques ou autres et la collecte de données à partir de voies techniques de

communication. La loi indique qu'il est possible, dans le cadre de telles mesures, de procéder à des enregistrements audio et vidéo, de photographier, de filmer et de recourir à d'autres moyens techniques, sous réserve que cela ne soit pas préjudiciable à la vie ou à la santé des personnes concernées ou à l'environnement. Les mesures opérationnelles d'investigation entraînant l'interception de communications postales, télégraphiques, téléphoniques ou autres et la collecte de données à partir de voies techniques de communication par le biais d'un dispositif installé par les fournisseurs de services de communication sont mises en œuvre à l'aide de moyens techniques par le FSB et les services du ministère de l'Intérieur, conformément aux décisions et accords signés par les services concernés (article 6 de la LMOI).

30. Le décret présidentiel n° 891 du 1^{er} septembre 1995 dispose que l'interception de communications postales, télégraphiques ou autres doit être réalisée par le FSB, dans l'intérêt et pour le compte de tous les organes d'application des lois (paragraphe 1). Dans les situations où le FSB ne dispose pas de l'équipement technique nécessaire, les interceptions peuvent être effectuées par les services du ministère de l'Intérieur, dans l'intérêt et pour le compte de tous les organes d'application des lois (paragraphe 2). Des dispositions similaires figurent aux paragraphes 2 et 3 de l'arrêté gouvernemental n° 538 du 27 août 2005.

D. Situations pouvant conduire à l'interception de communications

31. Des mesures opérationnelles d'investigation entraînant une atteinte au droit constitutionnel au respect du caractère privé des communications postales, télégraphiques et autres transmises au moyen d'un réseau de télécommunications ou de services de courrier, ou une atteinte à l'intimité du domicile, peuvent être mises en œuvre après réception d'informations : a) selon lesquelles une infraction pénale a été commise, est en train d'être commise ou est en préparation ; b) sur des personnes qui se préparent à commettre une infraction pénale, qui en commettent ou qui en ont commis une ; ou c) sur des faits ou activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie (article 8 § 2 de la LMOI).

32. La LMOI dispose que l'interception de communications téléphoniques et autres ne peut être autorisée que dans les cas où une personne est soupçonnée ou inculpée d'une infraction pénale de gravité moyenne, d'une infraction grave ou d'une infraction pénale particulièrement grave, ou est susceptible de détenir des informations au sujet de pareille infraction (article 8 § 4 de la LMOI). Le CPP indique par ailleurs que l'interception des communications téléphoniques et autres d'un suspect, d'un prévenu ou d'une autre personne peut être autorisée s'il y a lieu de penser qu'elles

peuvent contenir des informations pertinentes pour le dossier relatif à une infraction pénale de gravité moyenne, une infraction grave ou une infraction pénale particulièrement grave (article 186 § 1 du CPP).

33. L'article 15 du code pénal énonce que les « infractions de gravité moyenne » sont les infractions avec préméditation pour lesquelles le code pénal prévoit une peine maximale comprise entre trois et cinq ans d'emprisonnement, et les infractions sans préméditation pour lesquelles le code pénal prévoit une peine maximale supérieure à trois ans d'emprisonnement. Les « infractions graves » sont les infractions avec préméditation pour lesquelles le code pénal prévoit une peine maximale comprise entre cinq et dix ans d'emprisonnement. Les « infractions particulièrement graves » sont les infractions avec préméditation pour lesquelles le code prévoit une peine maximale supérieure à dix ans d'emprisonnement, voire une peine plus sévère.

E. Procédure d'autorisation et délais

1. La loi sur les mesures opérationnelles d'investigation

34. Les mesures opérationnelles d'investigation entraînant une atteinte au droit constitutionnel au respect du caractère privé des communications postales, télégraphiques et autres, transmises au moyen d'un réseau de télécommunications ou de services de courrier, ou une atteinte à l'intimité du domicile – comme l'inspection de locaux ou de bâtiments, l'interception de communications postales, télégraphiques, téléphoniques et autres, ou la collecte de données à partir de voies techniques de communication – exigent une autorisation judiciaire préalable (article 8 § 2 de la LMOI).

35. Dans les cas d'urgence où il existe un risque immédiat de commission d'une infraction grave ou particulièrement grave, ou en présence d'informations sur des faits ou activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays, les mesures opérationnelles visées à l'article 8 § 2 peuvent être accomplies sans autorisation judiciaire préalable. En pareil cas, il convient, dans les vingt-quatre heures qui suivent le début des mesures opérationnelles d'investigation, d'en informer un juge. À défaut d'obtention d'une autorisation judiciaire dans un délai de quarante-huit heures à compter du début des mesures, celles-ci doivent cesser sur-le-champ (article 8 § 3 de la LMOI).

36. L'examen des demandes d'adoption de mesures entraînant une atteinte au droit constitutionnel au respect du caractère privé de la correspondance et des communications téléphoniques, postales, télégraphiques et autres transmises au moyen de réseaux de télécommunications ou de services de courrier, ou une atteinte à l'intimité du domicile, relève de la compétence

d'un tribunal dans le ressort duquel se trouve le lieu où la mesure requise doit être mise en œuvre ou le lieu où est sis l'organe auteur de la demande. La demande doit être examinée sur-le-champ par un juge unique (article 9 § 1 de la LMOI).

37. Le juge statue en se fondant sur la demande motivée du chef de l'un des services compétents pour procéder à des mesures opérationnelles d'investigation. Les pièces justificatives pertinentes, excepté celles contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police, ou sur l'organisation et la tactique afférentes aux mesures opérationnelles d'investigation, peuvent également être produites sur demande du juge (article 9 §§ 2 et 3 de la LMOI).

38. Le juge qui examine la demande décide s'il y a lieu d'autoriser des mesures impliquant une atteinte aux droits constitutionnels susmentionnés, ou au contraire de refuser l'autorisation; il motive sa décision. Il doit préciser la période visée par l'autorisation, qui ne doit pas en principe excéder six mois. Si nécessaire, il peut prolonger la période en question après réexamen de l'ensemble des pièces pertinentes (article 9 §§ 4 et 5 de la LMOI).

39. La décision judiciaire autorisant les mesures opérationnelles d'investigation et les pièces sur lesquelles repose cette décision doivent rester en la possession exclusive de l'organe d'État qui accomplit les mesures opérationnelles d'investigation (article 12 § 3 de la LMOI).

40. Par sa décision n° 86-O du 14 juillet 1998, la Cour constitutionnelle a rejeté pour irrecevabilité une demande de contrôle de la constitutionnalité de certaines dispositions de la LMOI. Elle a notamment déclaré qu'un juge ne devait autoriser des mesures d'investigation entraînant une atteinte à des droits constitutionnels que s'il avait la conviction que pareilles mesures étaient légales, nécessaires et justifiées, c'est-à-dire compatibles avec l'ensemble des exigences de la LMOI. Elle a indiqué que la charge de la preuve incombait à l'organe d'État auteur de la demande, lequel devait établir la nécessité des mesures en question. Par ailleurs, elle a précisé que des pièces justificatives devaient être soumises au juge s'il en faisait la demande et que, dès lors que certaines d'entre elles étaient susceptibles de contenir des secrets d'État, seul un juge ayant le niveau requis d'habilitation de sécurité pouvait examiner les demandes d'autorisation. En outre, s'appuyant sur la nécessité de garder le secret sur les mesures de surveillance, la Cour constitutionnelle a estimé que les principes de publicité de l'audience et du contradictoire n'étaient pas applicables à la procédure d'autorisation. Partant, selon la haute juridiction, le fait que la personne concernée ne pût participer à la procédure d'autorisation, être informée de la décision prise ou interjeter appel auprès d'une juridiction supérieure n'emportait pas violation de ses droits constitutionnels.

41. Dans sa décision n° 345-O du 2 octobre 2003, la Cour constitutionnelle a déclaré que le juge était tenu d'examiner de manière attentive et approfondie les pièces qui lui étaient soumises à l'appui d'une demande d'interception, et qu'en cas de demande insuffisamment étayée il pouvait requérir des informations complémentaires.

42. En outre, par sa décision n° 1-O du 8 février 2007, la Cour constitutionnelle a rejeté pour irrecevabilité une demande de contrôle de la constitutionnalité de l'article 9 de la LMOI. La haute juridiction a estimé qu'avant d'autoriser la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation, le juge était tenu d'en vérifier le fondement. Elle a ajouté que la décision judiciaire autorisant de telles mesures devait être motivée et renvoyer à des raisons précises de penser qu'une infraction pénale avait été commise, était en train d'être commise ou était en préparation, ou que des activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays étaient menées, et que la personne visée par la demande de mesures opérationnelles d'investigation était impliquée dans ces activités criminelles ou, pour d'autres motifs, dangereuses.

43. Par sa décision n° 460-O-O du 15 juillet 2008, la Cour constitutionnelle a rejeté pour irrecevabilité une demande de contrôle de la constitutionnalité des articles 5, 11 et 12 de la LMOI. Elle a estimé qu'il était loisible à la personne dont les communications avaient été interceptées de déposer une requête en supervision contre la décision judiciaire ayant autorisé l'interception. Pour la Cour constitutionnelle, le fait que l'intéressé ne disposât pas d'une copie de cette décision ne l'empêchait pas de déposer sa requête en supervision dès lors que la juridiction saisie pouvait en demander une aux autorités compétentes.

2. Le code de procédure pénale

44. Les mesures d'enquête entraînant la perquisition du domicile d'une personne ou l'interception de ses appels téléphoniques et autres communications sont subordonnées à l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable. Une demande aux fins de la perquisition du domicile d'une personne ou de l'interception de ses communications doit être soumise par un enquêteur avec l'approbation d'un procureur et être examinée par un juge unique dans un délai de vingt-quatre heures. Le procureur et l'enquêteur peuvent être présents. Le juge qui se penche sur la demande détermine s'il y a lieu d'autoriser la mesure requise ou au contraire de refuser l'autorisation ; il motive sa décision (article 165 du CPP).

45. Un tribunal peut accorder l'autorisation d'intercepter les communications d'un suspect, d'un prévenu ou d'une autre personne s'il y a lieu de

penser que des informations pertinentes pour le dossier pénal en question pourraient être évoquées dans les échanges (article 186 § 1 du CPP).

46. Une demande d'autorisation d'interception de communications doit mentionner clairement a) le dossier pénal auquel se rattache la demande; b) les raisons justifiant de procéder aux mesures requises; c) le nom de famille, le patronyme et le prénom de la personne dont les communications doivent être interceptées; d) la durée de la mesure requise; et e) l'organe d'État qui effectuera l'interception (article 186 § 3 du CPP).

47. La décision judiciaire autorisant l'interception des communications doit être transmise par l'enquêteur à l'organe d'État chargé de sa mise en œuvre. L'interception de communications peut être autorisée pour une période n'excédant pas six mois, et l'enquêteur met un terme à cette mesure lorsqu'elle n'est plus nécessaire. En tout état de cause, elle doit cesser une fois l'enquête terminée (article 186 §§ 4 et 5 du CPP).

48. Un tribunal peut également autoriser la surveillance de données de communication relatives aux connexions téléphoniques ou sans fil d'une personne s'il existe des raisons suffisantes de penser que pareilles données peuvent être pertinentes pour un dossier pénal. Une demande d'autorisation doit contenir les éléments mentionnés au paragraphe 46 ci-dessus. Copie de la décision judiciaire ayant autorisé la surveillance des données relatives aux communications d'une personne est transmise par l'enquêteur au fournisseur de services de communication concerné; celui-ci doit ensuite régulièrement, et au moins une fois par semaine, soumettre les données requises à l'enquêteur. La surveillance des données de communication peut être autorisée pour une durée n'excédant pas six mois, et l'enquêteur y met un terme lorsqu'elle n'est plus nécessaire. En tout état de cause, elle doit cesser une fois l'enquête terminée (article 186.1 du CPP, introduit le 1^{er} juillet 2010).

F. La conservation, l'utilisation et la destruction des données recueillies

1. La conservation des données recueillies

49. L'article 10 de la LMOI dispose que les organes d'application des lois qui procèdent à des mesures opérationnelles d'investigation peuvent créer et utiliser des bases de données ou ouvrir des dossiers personnels. Un dossier personnel doit être clôturé lorsque les objectifs indiqués à l'article 2 de la loi ont été atteints ou s'il est établi qu'ils sont impossibles à atteindre.

50. Dans sa décision du 14 juillet 1998 (paragraphe 40 ci-dessus), la Cour constitutionnelle a relevé, concernant la possibilité – offerte par l'article 10 – pour les organes d'application des lois accomplissant des mesures

opérationnelles d'investigation de créer des bases de données ou d'ouvrir des dossiers personnels, que seules les données touchant à la prévention des infractions pénales ou aux investigations sur celles-ci pouvaient être introduites dans ces bases de données ou ces dossiers personnels. Elle a ajouté que, dès lors que les activités criminelles ne relevaient pas de la sphère de la vie privée, la collecte d'informations sur de telles activités ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée. Elle a enfin précisé que, si des informations sur les activités criminelles d'une personne introduites dans un dossier personnel n'étaient pas confirmées par la suite, ledit dossier devait être clôturé.

51. Les enregistrements des communications téléphoniques et autres interceptées doivent être scellés et conservés dans des conditions permettant d'écartier tout risque d'écoute ou de copie par des personnes non autorisées (article 8 § 4 de la LMOI).

52. Les informations relatives aux installations utilisées pour la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation, aux méthodes employées, aux agents qui interviennent et aux données recueillies constituent un secret d'État. Leur déclassification n'est possible qu'en vertu d'une décision spéciale du chef de l'organe d'État qui effectue les mesures opérationnelles d'investigation (article 12 § 1 de la LMOI et article 5 § 4 de la loi n° 5485-I du 21 juillet 1993 – «la loi sur les secrets d'État»).

53. Doivent être apposées en évidence sur les pièces renfermant des secrets d'État les informations suivantes: degré de confidentialité, organe d'État auteur de la décision de classification, numéro d'enregistrement et date ou conditions de déclassification (article 12 de la loi sur les secrets d'État).

2. L'utilisation des données recueillies et les conditions de leur divulgation

54. Les informations contenant des secrets d'État ne peuvent être communiquées à un autre service de l'État, à une organisation ou à une personne qu'avec l'autorisation du service d'État auteur de la décision de classer ces informations. Elles ne peuvent être communiquées qu'à des services d'État ou organisations spécialement habilités à cet effet ou à des personnes ayant le niveau requis d'habilitation de sécurité. Le service de l'État ou l'organisation auquel des informations classifiées sont communiquées doit veiller à ce qu'elles soient dûment protégées. Le chef du service de l'État ou de l'organisation en question est personnellement responsable de la protection des informations classifiées contre l'accès ou la divulgation non autorisés (articles 16 et 17 de la loi sur les secrets d'État).

55. Seules une organisation ou une entreprise dont il est confirmé qu'elles disposent de services internes spécifiquement chargés de la protection des données, que leurs employés sont qualifiés pour manier des informations classifiées et qu'elles utilisent des systèmes agréés de protection des données peuvent être autorisées à prendre connaissance de secrets d'État (article 27 de la loi sur les secrets d'État).

56. L'habilitation de sécurité n'est octroyée qu'aux agents de l'État qui en ont véritablement besoin pour s'acquitter de leurs tâches. Elle est également accordée aux juges pour la durée de leurs fonctions et aux avocats intervenant dans une affaire pénale si le dossier contient des pièces portant sur des secrets d'État. Quiconque s'est vu délivrer une habilitation de sécurité doit s'engager par écrit à s'abstenir de communiquer les informations classifiées qui lui sont confiées (paragraphes 7, 11 et 21 du règlement n° 63 pris le 6 février 2010 par le gouvernement russe).

57. Le chef du service de l'État ou de l'organisation qui est en possession d'informations renfermant des secrets d'État se charge de donner accès à ces informations aux agents de l'État et autres personnes autorisées. Il doit veiller à ce que seules soient communiquées les informations nécessaires au destinataire pour l'accomplissement de ses tâches (article 25 de la loi sur les secrets d'État).

58. Si les données recueillies au cours de mesures opérationnelles d'investigation contiennent des informations sur la commission d'une infraction pénale, ces informations ainsi que l'ensemble des pièces justificatives nécessaires (photographies et enregistrements audio ou vidéo, par exemple) doivent être adressés aux services d'enquête compétents ou à un tribunal. Si les informations ont été recueillies grâce à des mesures opérationnelles d'investigation entraînant une atteinte au droit au respect du caractère privé de communications postales, télégraphiques et autres transmises au moyen d'un réseau de télécommunications ou de services de courrier, ou une atteinte à l'intimité du domicile, elles doivent être adressées aux services d'enquête ou de poursuite, de même que la décision judiciaire ayant autorisé les mesures en question. Les informations doivent être transmises selon la procédure spécialement prévue pour le traitement des informations classifiées, sauf si l'organe d'État qui a mis en œuvre les mesures opérationnelles d'investigation a décidé de les déclassifier (paragraphes 1, 12, 14 et 16 de l'arrêté n° 776/703/509/507/1820/42/535/398/68 du ministère de l'Intérieur du 27 septembre 2013).

59. Si la personne dont les communications téléphoniques ou autres ont été interceptées est inculpée d'une infraction pénale, les enregistrements doivent être remis à l'enquêteur et versés au dossier pénal. Leur utilisation

et leur conservation ultérieures sont régies par les règles de procédure pénale (article 8 § 5 de la LMOI).

60. Les données recueillies au moyen de mesures opérationnelles d'investigation peuvent être utilisées pour la préparation et la conduite d'une enquête et d'une procédure judiciaire et en tant qu'éléments de preuve dans le cadre d'une procédure pénale, conformément aux dispositions juridiques régissant la recherche, l'appréciation et l'examen des preuves. La décision de transmettre les données recueillies à d'autres organes d'application des lois ou à un tribunal appartient au chef de l'organe d'État ayant procédé aux mesures opérationnelles d'investigation (article 11 de la LMOI).

61. Si l'interception a été autorisée dans le cadre d'une procédure pénale, l'enquêteur peut, à tout moment pendant la période visée par l'autorisation d'interception, obtenir les enregistrements auprès de l'organe qui effectue l'interception. Les enregistrements doivent être scellés et accompagnés d'une lettre indiquant les dates et heures de début et de fin des communications enregistrées, ainsi que les moyens techniques employés pour les intercepter. Les enregistrements doivent être écoutés par l'enquêteur en présence de témoins instrumentaires, le cas échéant d'un expert et des personnes dont les communications ont été interceptées. L'enquêteur doit dresser un procès-verbal contenant la transcription intégrale des parties des communications enregistrées qui sont pertinentes pour l'affaire pénale dont il s'agit (article 186 §§ 6 et 7 du CPP). Le 4 mars 2013, l'article 186 § 7 a été modifié par suppression de la prescription relative à la présence de témoins instrumentaires.

62. Les enregistrements et les données relatives aux communications qui ont été recueillies sont joints au dossier pénal. Ils doivent être scellés et conservés dans des conditions permettant d'écartier tout risque d'écoute ou de copie par des personnes non autorisées (article 186 § 8 du CPP et article 186.1, introduit le 1^{er} juillet 2010).

63. Les résultats de mesures opérationnelles d'investigation entraînant une restriction au droit au respect de la correspondance ou des communications téléphoniques, postales, télégraphiques ou autres ne peuvent servir d'éléments de preuve dans une procédure pénale que s'ils ont été obtenus en vertu d'une décision judiciaire et si les mesures en question ont été mises en œuvre dans le respect des règles de procédure pénale (paragraphe 14 de l'arrêt n° 8 rendu le 31 octobre 1995 par la formation plénière de la Cour russe).

64. Il est interdit d'utiliser comme éléments de preuve des données qui, recueillies au moyen de mesures opérationnelles d'investigation, ne satisfont pas aux règles du CPP sur la recevabilité des preuves (article 89 du CPP). Les éléments de preuve obtenus en infraction avec le CPP ne sont pas recevables. Des éléments de preuve irrecevables sont dénués de valeur juridique

et ne peuvent servir de fondement à des accusations pénales ou pour établir l'une quelconque des circonstances pour lesquelles des preuves doivent être fournies dans le cadre d'une procédure pénale. Des éléments de preuve qui ont été écartés par un tribunal sont dépourvus de valeur juridique et ne peuvent ni être invoqués dans un jugement ou une autre décision judiciaire, ni être examinés ou utilisés pendant le procès (articles 75 et 235 du CPP).

3. La destruction des données recueillies

65. Les données recueillies au moyen de mesures opérationnelles d'investigation au sujet d'une personne dont la culpabilité n'a pas été établie selon les voies légales doivent être conservées pendant un an puis être détruites, sauf si elles sont nécessaires dans l'intérêt du service ou de la justice. Les enregistrements audio et autres éléments recueillis à la faveur de l'interception de communications téléphoniques ou autres doivent être conservés pendant six mois puis être détruits si la personne concernée n'a pas été inculpée d'une infraction pénale. Le juge ayant autorisé l'interception doit être informé trois mois à l'avance de la destruction prévue (article 5 § 7 de la LMOI).

66. Si la personne concernée a été inculpée d'une infraction pénale, à l'issue de la procédure pénale, le juge du fond décide de la conservation ou de la destruction des données utilisées comme éléments de preuve. La destruction doit être consignée dans un rapport à faire signer par le chef du service d'enquête et à verser au dossier de l'affaire (article 81 § 3 du CPP et paragraphe 49 de l'arrêté n° 142 du 30 septembre 2011 de la Commission des enquêtes).

G. Le contrôle de l'interception de communications

67. Les chefs des organes qui mettent en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation sont personnellement responsables de la légalité de l'ensemble de ces mesures (article 22 de la LMOI).

68. Le contrôle général des mesures opérationnelles d'investigation est exercé par le président, le Parlement et le gouvernement russes, dans les limites de leurs compétences respectives (article 20 de la LMOI).

69. Le procureur général et les procureurs de rang inférieur compétents peuvent également contrôler des mesures opérationnelles d'investigation. Sur demande du procureur compétent, le chef de l'organe d'État qui procède à des mesures opérationnelles d'investigation doit produire le matériel afférent à ces mesures, notamment les dossiers personnels, les informations sur le dispositif technique employé, les registres et les instructions internes. Le matériel contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police ne peut être communiqué au procureur qu'avec l'accord

de l'agent ou de l'informateur concerné, sauf en cas de procédure pénale contre cet agent ou informateur. La responsabilité du chef d'un organe d'État peut être engagée en vertu de la loi s'il n'obtempère pas à la demande du procureur. Celui-ci doit veiller à la protection des données contenues dans le matériel produit (article 21 de la LMOI).

70. La loi sur le parquet (loi fédérale n° 2202-I du 17 janvier 1992) dispose que le procureur général est nommé et, le cas échéant, démis de ses fonctions par le Conseil de la Fédération (chambre haute du Parlement) sur proposition du président (article 12). Les procureurs de rang inférieur sont nommés par le procureur général après consultation des autorités exécutives régionales (article 13). Pour pouvoir être nommé procureur, il faut avoir la nationalité russe et être titulaire d'un diplôme de droit russe (article 40.1).

71. En sus de leurs fonctions de poursuite, les procureurs sont chargés de veiller à ce que l'administration des centres de détention, les activités des huissiers, les mesures opérationnelles d'investigation et les enquêtes pénales respectent la Constitution et la législation russes (article 1). Par ailleurs, ils coordonnent les activités de l'ensemble des services d'application des lois dans la lutte contre la criminalité (article 8).

72. Concernant le contrôle des mesures opérationnelles d'investigation, les procureurs peuvent vérifier si les actes accomplis pendant la mise en œuvre de telles mesures ont été respectueux de la légalité et des droits de l'homme (article 29). Les instructions données par des procureurs dans le cadre de ce contrôle doivent être appliquées dans le délai fixé. Le défaut d'obtempération peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité conformément à la loi (article 6).

73. Les procureurs peuvent également examiner les plaintes pour infraction à la loi ; ils statuent sur toute plainte par une décision motivée. Pareille décision n'empêche pas l'intéressé de porter une plainte identique devant un tribunal. Lorsqu'un procureur découvre une infraction à la loi, il doit prendre des mesures afin que soit engagée une action contre les auteurs de l'infraction (article 10).

74. La loi sur le FSB du 3 avril 1995 (n° 40-FZ) dispose que les informations sur les agents infiltrés des services de sécurité, de même que sur la tactique, les méthodes et les moyens employés par eux, ne relèvent pas du contrôle exercé par les procureurs (article 24).

75. Les procédures relatives au contrôle par les procureurs des mesures opérationnelles d'investigation sont définies par l'instruction du parquet général n° 33 du 15 février 2011.

76. Cette instruction énonce qu'un procureur peut soumettre les organes qui mettent en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation à

des inspections systématiques, mais aussi à des inspections *ad hoc* en cas de dépôt de plainte par un particulier ou de réception d'informations concernant d'éventuelles violations. Les mesures opérationnelles d'investigation accomplies par le FSB dans le contexte du contre-renseignement ne peuvent faire l'objet d'une inspection que sur plainte individuelle (paragraphe 5 de l'instruction n° 33).

77. Au cours de l'inspection, le procureur doit s'assurer qu'il est satisfait aux exigences suivantes :

- respect des droits constitutionnels des citoyens, tels le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile, de la correspondance, des communications téléphoniques, postales, télégraphiques et autres ;

- caractère légal et justifié des actes accomplis dans le cadre de mesures opérationnelles d'investigation, y compris ceux qui ont été autorisés par un tribunal (paragraphe 4 et 6 de l'instruction n° 33).

78. Lors de l'inspection, le procureur doit examiner le matériel original afférent aux mesures opérationnelles d'investigation, notamment les dossiers personnels, les informations sur le dispositif technique employé, les registres et les instructions internes ; il peut demander des explications aux agents compétents. Il est tenu de protéger les données sensibles qui lui sont confiées contre tout accès ou toute divulgation non autorisés (paragraphe 9 et 12 de l'instruction n° 33).

79. Si un procureur décèle une infraction à la loi, il doit demander à l'agent qui en est responsable d'y remédier. Il doit également prendre des mesures destinées à faire cesser et redresser les violations des droits des citoyens et afin que soit engagée une action contre les auteurs de l'infraction (paragraphe 9 et 10 de l'instruction n° 33). Un agent de l'État qui refuse de se conformer aux instructions d'un procureur peut voir une action engagée contre lui en application de la loi (paragraphe 11).

80. Un procureur chargé du contrôle de mesures opérationnelles d'investigation doit soumettre au parquet général des rapports semestriels qui détaillent les résultats des inspections menées (paragraphe 15 de l'instruction n° 33). Le modèle de rapport à remplir par le procureur se trouve joint à l'instruction n° 33. Portant mention de son caractère confidentiel, ce document comporte deux parties se présentant toutes deux sous forme de tableau. La première partie concerne les inspections effectuées pendant la période de référence et doit fournir des informations sur le nombre d'inspections réalisées, de dossiers contrôlés et d'infractions découvertes. La seconde partie, qui a trait aux plaintes déposées par des particuliers, doit contenir des informations sur le nombre de plaintes examinées et accueillies.

H. Accès d'un particulier aux données recueillies à son sujet au moyen de l'interception de communications

81. Le droit russe ne prévoit pas l'obligation de notifier à une personne, à quelque stade que ce soit, le fait que ses communications sont interceptées. Toutefois, une personne qui a connaissance de faits touchant aux mesures opérationnelles d'investigation auxquelles elle a été soumise, et dont la culpabilité n'a pas été établie selon les voies légales – c'est-à-dire qu'elle n'a pas été inculpée ou que les chefs d'inculpation ont été abandonnés au motif que l'infraction alléguée n'avait pas été commise ou qu'un ou plusieurs des éléments constitutifs d'une infraction pénale faisaient défaut –, a droit à des informations sur les données recueillies dans le cadre des mesures en question, dans la mesure compatible avec les règles de confidentialité opérationnelle (*конспирации*) et à l'exclusion de données qui pourraient permettre la divulgation de secrets d'État (article 5 §§ 4, 5 et 6 de la LMOI).

82. Dans sa décision du 14 juillet 1998 (paragraphe 40 ci-dessus), la Cour constitutionnelle a relevé que toute personne ayant connaissance de faits relatifs aux mesures opérationnelles d'investigation auxquelles elle avait été soumise était en droit de recevoir des informations sur les données recueillies dans le cadre de ces mesures, sauf si ces données renfermaient des secrets d'État. La haute juridiction a indiqué qu'en vertu de l'article 12 de la LMOI les données recueillies à l'occasion de telles mesures – par exemple des informations sur des infractions pénales et les personnes impliquées dans leur commission – constituaient un secret d'État. Elle a toutefois précisé que les informations se rapportant à des atteintes aux droits des citoyens ou à des actes illégaux commis par les autorités ne pouvaient être classées comme relevant du secret d'État et devaient être dévoilées. Elle a ajouté qu'en conséquence il n'était pas possible d'invoquer l'article 12 pour refuser l'accès à des informations touchant aux droits d'une personne, sauf si ces informations concernaient les buts ou motifs des mesures opérationnelles d'investigation. En conclusion, pour la haute juridiction, le fait qu'en application de la loi contestée une personne ne pût prétendre à l'accès à l'intégralité des données recueillies à son sujet n'emportait pas violation des droits constitutionnels de cette personne.

I. Le contrôle juridictionnel

1. Dispositions générales de la LMOI sur le contrôle juridictionnel de l'interception de communications

83. Une personne estimant que ses droits ont été ou sont violés par un agent de l'État à l'occasion de la mise en œuvre de mesures opérationnelles

d'investigation peut adresser une plainte au supérieur hiérarchique de cet agent, à un procureur ou à un tribunal. Si les droits d'une personne ont été violés par un agent de l'État dans l'accomplissement de mesures opérationnelles d'investigation, le supérieur hiérarchique de celui-ci, le procureur ou le tribunal doit prendre des mesures afin que la violation soit réparée et la personne concernée indemnisée (article 5 §§ 3 et 9 de la LMOI).

84. Si une personne s'est vu refuser l'accès à des informations sur les données recueillies à son sujet au moyen de mesures opérationnelles d'investigation, elle a le droit de connaître les raisons de ce refus et peut faire appel de cette décision auprès d'un tribunal. La charge de la preuve incombe aux services d'application des lois, lesquels doivent montrer que ce refus est justifié. Pour que le contrôle soit complet et approfondi, l'organe d'application des lois qui est responsable des mesures opérationnelles d'investigation doit, sur demande du juge, produire le matériel afférent aux mesures opérationnelles d'investigation contenant des informations sur les données auxquelles l'accès a été refusé, à l'exclusion des pièces comportant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police. Si le tribunal estime injustifié le refus d'octroyer l'accès, il peut obliger l'organe d'application des lois à communiquer le matériel à l'intéressé (article 5 §§ 4, 5 et 6 de la LMOI).

85. Dans sa décision du 14 juillet 1998 (paragraphe 40 ci-dessus), la Cour constitutionnelle a dit qu'une personne ayant découvert qu'elle avait fait l'objet de mesures opérationnelles d'investigation et estimant que les actes commis par des agents de l'État avaient emporté violation de ses droits pouvait, en vertu de l'article 5 de la LMOI, contester devant un tribunal les raisons de procéder aux mesures en question ainsi que les actes spécifiques accomplis par les services compétents dans le cadre de ces mesures, y compris ceux qui avaient été autorisés par un tribunal.

86. Concernant les questions procédurales, la Cour constitutionnelle a déclaré que dans une procédure où étaient contestés les motifs des mesures opérationnelles d'investigation ou les actes commis par les autorités compétentes lors de la mise en œuvre de ces mesures, ainsi que dans une procédure visant le refus de donner accès aux données recueillies, les services d'application des lois devaient soumettre au juge, sur demande de celui-ci, tout matériel pertinent afférent aux mesures opérationnelles d'investigation, excepté les pièces contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police.

87. Une personne qui souhaite se plaindre de l'interception de ses communications peut demander un contrôle juridictionnel en vertu de l'article 125 du CPP, demander un contrôle juridictionnel sur le fondement du chapitre 25 du code de procédure civile et de la loi n° 4866-1 du 27 avril

1993 sur le contrôle juridictionnel des décisions et actes violant les droits et libertés des citoyens (« la loi sur le contrôle juridictionnel »), remplacés depuis le 15 septembre 2015 par le code de procédure administrative, ou engager une action en responsabilité au titre de l'article 1069 du code civil.

*2. La demande de contrôle juridictionnel
fondée sur l'article 125 du CPP*

88. Dans son arrêt n° 1 du 10 février 2009, la formation plénière de la Cour suprême a déclaré que les actes d'agents ou organes de l'État procédant à des mesures opérationnelles d'investigation à la demande d'un enquêteur pouvaient être contestés suivant la procédure prévue à l'article 125 du CPP (paragraphe 4). Les plaintes fondées sur cette disposition ne peuvent être examinées que dans le contexte d'une enquête pénale en cours. Si l'affaire a déjà été transmise à une juridiction de jugement, le juge déclare la plainte irrecevable et explique à l'intéressé qu'il pourra soumettre ses griefs au juge du fond compétent (paragraphe 9).

89. L'article 125 du CPP prévoit le contrôle juridictionnel des décisions et actes ou omissions d'un enquêteur ou d'un procureur qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits ou libertés constitutionnels des participants à une procédure pénale. Sauf décision contraire de l'enquêteur, du procureur ou du tribunal, le dépôt d'une plainte n'a pas d'effet suspensif sur la décision ou l'acte contestés. Le tribunal examine la plainte dans un délai de cinq jours. L'auteur de la plainte, son conseil, l'enquêteur et le procureur peuvent assister à l'audience. Le demandeur doit étayer sa plainte (article 125 §§ 1, 2, 3 et 4 du CPP).

90. Les comparants peuvent étudier l'ensemble du matériel présenté au tribunal et soumettre des pièces complémentaires liées à la plainte. La divulgation d'éléments du dossier pénal n'est permise que si elle n'est pas contraire aux intérêts de l'enquête et ne porte pas atteinte aux droits des participants à la procédure pénale. Le juge peut inviter les parties à produire les pièces sur lesquelles repose la décision contestée, ou toute autre pièce pertinente (paragraphe 12 de l'arrêt n° 1).

91. Après examen de la plainte, le tribunal soit rejette la plainte, soit constate le caractère illégal ou injustifié de la décision, de l'acte ou de l'omission litigieux et demande à l'agent responsable de remédier à la défaillance constatée (article 125 § 5 du CPP). Lorsqu'il prie l'agent de remédier à la défaillance signalée, le tribunal ne peut ni lui prescrire l'adoption de telle ou telle mesure, ni annuler ou ordonner à l'agent d'annuler la décision qui est jugée illégale ou injustifiée (paragraphe 21 de l'arrêt n° 1).

3. *La demande de contrôle juridictionnel fondée sur le chapitre 25 du code de procédure civile, la loi sur le contrôle juridictionnel et le code de procédure administrative*

92. Selon l'arrêt n° 2 rendu le 10 février 2009 par la formation plénière de la Cour suprême, les plaintes contre des décisions ou actes d'agents ou organes accomplissant des mesures opérationnelles d'investigation qui ne peuvent pas être contestés dans le cadre d'une procédure pénale, de même que les plaintes contre un refus de donner accès à des informations sur les données recueillies au moyen de mesures opérationnelles d'investigation, peuvent être examinées suivant la procédure établie au chapitre 25 du code de procédure civile (« CPC ») (paragraphe 7).

93. Le chapitre 25 du CPC, en vigueur jusqu'au 15 septembre 2015, définissait la procédure permettant d'examiner les plaintes contre des décisions et actes de fonctionnaires violant les droits et libertés des citoyens, procédure qui fut détaillée dans la loi sur le contrôle juridictionnel. Le 15 septembre 2015, le chapitre 25 du CPC et la loi sur le contrôle juridictionnel ont été abrogés et remplacés par la loi n° 21-FZ du 8 mars 2015 (code de procédure administrative – « CPA »), qui est entrée en vigueur à cette date. Le CPA a en substance confirmé et précisé les dispositions du chapitre 25 du CPC et de la loi sur le contrôle juridictionnel.

94. Le CPC, la loi sur le contrôle juridictionnel et le CPA disposent qu'un citoyen peut déposer une plainte auprès d'un tribunal au sujet d'un acte ou d'une décision d'un service ou agent de l'administration centrale ou municipale s'il estime que cet acte ou cette décision a violé ses droits et libertés (article 254 du CPC et article 1 de la loi sur le contrôle juridictionnel). La plainte peut porter sur toute décision, tout acte ou toute omission qui a violé les droits ou les libertés du citoyen, a entravé l'exercice par lui de ses droits ou libertés, ou lui a imposé une obligation ou une responsabilité (article 255 du CPC, article 2 de la loi sur le contrôle juridictionnel et article 218 § 1 du CPA).

95. La plainte doit être déposée auprès d'un tribunal de droit commun dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle son auteur a eu connaissance de l'atteinte portée à ses droits. Ce délai peut être prolongé en cas de motifs valables (article 254 du CPC, articles 4 et 5 de la loi sur le contrôle juridictionnel et articles 218 § 5 et 219 §§ 1 et 7 du CPA). La plainte doit indiquer le numéro d'enregistrement et la date de la décision contestée ou la date et le lieu de commission de l'acte contesté (article 220 § 2 (3) du CPA). L'auteur de la plainte doit fournir des pièces justificatives ou expliquer pourquoi il n'est pas en mesure de le faire (article 220 §§ 2 (8)

et 3 du CPA). Si l'auteur de la plainte ne s'acquitte pas des obligations ci-dessus, le juge déclare la plainte irrecevable (article 222 § 3 du CPA).

96. C'est au service ou à l'agent concerné qu'il revient de prouver la légalité de la décision, de l'acte ou de l'omission en cause. L'auteur de la plainte doit pour sa part établir que cette décision, cet acte ou cette omission a porté atteinte à ses droits et libertés (article 6 de la loi sur le contrôle juridictionnel et article 226 § 11 du CPA).

97. En vertu du CPC la plainte devait être examinée dans un délai de dix jours (article 257 du CPC), alors que le CPA prévoit aujourd'hui un délai de deux mois (article 226 § 1 du CPA). Si le tribunal estime la plainte justifiée, il rend une décision par laquelle il annule la décision ou l'acte contestés et impose au service ou à l'agent en cause de remédier pleinement à l'atteinte portée aux droits de l'intéressé (article 258 § 1 du CPC, article 7 de la loi sur le contrôle juridictionnel et article 227 §§ 2 et 3 du CPA). Le tribunal peut fixer le délai dans lequel il convient de remédier à la violation et/ou définir les mesures particulières à prendre pour réparer pleinement la violation (paragraphe 28 de l'arrêt n° 2 et article 227 § 3 du CPA). L'auteur de la plainte peut alors, dans le cadre d'une action civile distincte, demander réparation du préjudice matériel ou moral subi (article 7 de la loi sur le contrôle juridictionnel).

98. Le tribunal peut rejeter la plainte s'il estime que l'acte ou la décision en cause est le fait d'un service ou agent compétent, est légal et ne porte pas atteinte aux droits de l'intéressé (article 258 § 4 du CPC et articles 226 § 9 et 227 § 2 du CPA).

99. Une partie à la procédure peut interjeter appel auprès d'une juridiction supérieure (article 336 du CPC tel qu'en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2012, article 320 du CPC tel qu'en vigueur depuis cette date et article 228 du CPA). La décision rendue en appel prend effet dès le jour de son prononcé (article 367 du CPC tel qu'en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2012, article 329 § 5 tel qu'en vigueur depuis cette date et articles 186 et 227 § 5 du CPA).

100. Le CPC exigeait qu'une décision judiciaire accueillant une plainte et imposant à un service ou agent de remédier à l'atteinte portée aux droits d'un citoyen fût adressée au chef du service concerné, à l'agent concerné ou à leurs supérieurs dans un délai de trois jours à compter de sa prise d'effet (article 258 § 2 du CPC). La loi sur le contrôle juridictionnel prescrivait l'envoi de la décision judiciaire dans un délai de dix jours à compter de sa prise d'effet (article 8). Le CPA exige que la décision judiciaire soit envoyée le jour de sa prise d'effet (article 227 § 7). Le tribunal et l'auteur de la plainte doivent se voir notifier l'exécution de la décision dans le mois qui suit sa réception (article 258 § 3 du CPC, article 8 de la loi sur le contrôle juridictionnel et article 227 § 9 du CPA).

4. L'action en responsabilité fondée sur l'article 1069 du code civil

101. Un dommage causé à une personne ou à ses biens donne lieu à une indemnisation intégrale par l'auteur du préjudice. Celui-ci n'est pas tenu à réparation s'il prouve que ce n'est pas par sa faute que le dommage est survenu (article 1064 §§ 1 et 2 du code civil).

102. Les organes et agents centraux et municipaux voient leur responsabilité engagée pour tout dommage causé à un citoyen par l'effet de leurs actions ou omissions entachées d'illégalité (article 1069 du code civil). Qu'il y ait ou non faute d'un agent de l'État, le Trésor public fédéral ou régional est tenu de réparer tout dommage subi par un citoyen à raison i) d'une condamnation ou de poursuites pénales irrégulières, ii) de l'application irrégulière d'une mesure préventive, ou iii) d'une sanction administrative irrégulière (article 1070 du code civil).

103. Un tribunal peut imposer à l'auteur du dommage l'obligation de réparer le préjudice moral (souffrance physique ou morale). L'indemnisation du préjudice moral n'est pas liée à une éventuelle réparation du préjudice matériel (articles 151 § 1 et 1099 du code civil). Le montant de l'indemnité est déterminé en fonction de la gravité de la faute commise par l'auteur du préjudice ainsi que selon d'autres éléments importants. Le tribunal tient compte également de l'ampleur de la souffrance physique ou morale, eu égard aux caractéristiques propres à la victime (articles 151 § 2 et 1101 du code civil).

104. Indépendamment de l'existence d'une faute de la part de l'auteur du dommage, le préjudice moral doit être réparé s'il a été causé i) par un dispositif dangereux, ii) en raison d'une condamnation ou de poursuites irrégulières ou de l'application irrégulière d'une mesure préventive ou d'une sanction administrative irrégulière, ou iii) par la diffusion d'informations ayant entaché l'honneur, la dignité ou la réputation d'une personne (article 1100 du code civil).

105. Dans une procédure civile, la charge de la preuve incombe à celui qui affirme, sauf disposition contraire de la législation fédérale (article 56 § 1 du CPC).

5. Le recours auprès de la Cour constitutionnelle

106. Selon la loi sur la Cour constitutionnelle (loi n° 1-FKZ du 21 juillet 1994), lorsque la juridiction constitutionnelle rend dans un arrêt un avis sur le point de savoir si l'interprétation donnée à une disposition législative dans la pratique des organes judiciaires et d'application des lois est compatible avec la Constitution, cet avis doit être suivi par les juridictions et services d'application des lois dès le jour du prononcé de cet arrêt (article 79 § 5).

J. Les obligations des fournisseurs de services de communication

1. L'obligation de protéger les données personnelles et le caractère privé des communications

107. En vertu de la loi sur les communications, les fournisseurs de services de communication doivent veiller au respect du caractère privé des communications. Les informations sur les communications transmises au moyen de réseaux de télécommunications ou de services de courrier et le contenu de ces communications ne peuvent être révélés qu'à l'expéditeur et au destinataire ou à leurs représentants autorisés, sauf dans les cas visés par la législation fédérale (article 63 §§ 2 et 4 de la loi sur les communications).

108. Les informations sur les abonnés et les services qui leur sont fournis sont confidentielles. Les informations sur un abonné englobent ses nom de famille, patronyme, prénom et surnom, s'il s'agit d'une personne physique; le nom de la société ainsi que les noms de famille, patronymes et prénoms du directeur et des employés, s'il s'agit d'une personne morale; l'adresse et le numéro de l'abonné et autres informations permettant d'identifier l'intéressé ou son terminal; les données contenues dans des bases de données de paiement, notamment les informations sur les communications, le trafic et les paiements de l'abonné. Les informations sur un abonné ne peuvent pas être révélées à des tiers sans l'accord de l'abonné, sauf dans les cas visés par la législation fédérale (article 53 de la loi sur les communications).

2. L'obligation de collaborer avec les services d'application des lois

109. La loi sur les communications impose aux fournisseurs de services de communication l'obligation de donner aux organes d'application des lois, dans les cas visés par la législation fédérale, des informations sur les abonnés et les prestations dont ils bénéficient, ainsi que tout autre renseignement nécessaire aux organes en question pour atteindre leurs buts et objectifs (article 64 § 1 de la loi sur les communications).

110. Le 31 mars 2008, le conseil municipal de Moscou examina une proposition d'amendement de l'article 64 § 1 de la loi sur les communications visant à obliger les organes d'application des lois à présenter une autorisation judiciaire aux fournisseurs de services de communication auxquels ils demandent des informations sur des abonnés. Les représentants du FSB et du ministère de l'Intérieur indiquèrent aux personnes présentes qu'une décision judiciaire autorisant une interception était un document classifié, donc non susceptible d'être montré aux fournisseurs de services de communication. La proposition d'amendement fut par la suite écartée.

111. Les fournisseurs de services de communication doivent veiller à ce que leurs réseaux et dispositifs soient conformes aux spécifications

techniques établies par le ministère des Communications en collaboration avec les organes d'application des lois. Les fournisseurs de services de communication doivent également s'assurer que les méthodes et tactiques employées par lesdits organes demeurent confidentielles (article 64 § 2 de la loi sur les communications).

112. Dans les cas visés par la législation fédérale, un fournisseur de services de communication est tenu de suspendre ses prestations à un abonné dès réception d'un ordre écrit et motivé en ce sens émanant du chef d'un organe d'application des lois qui effectue des mesures opérationnelles d'investigation ou protège la sécurité nationale (article 64 § 3 de la loi sur les communications).

113. La loi sur le FSB oblige les fournisseurs de services de communication à installer un dispositif permettant au FSB de procéder à des mesures opérationnelles d'investigation (article 15).

3. Les spécifications techniques relatives au dispositif que les fournisseurs de services de communication doivent installer

114. Les principales caractéristiques du système d'installations techniques permettant la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation (*Система технических средств для обеспечения функций оперативно-разыскных мероприятий – «SORM»*) sont présentées dans un certain nombre d'arrêtés et de règlements pris par le ministère des Communications.

a) L'arrêté n° 70

115. L'arrêté n° 70 sur les spécifications techniques relatives au système d'installations techniques permettant la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation au moyen de réseaux de télécommunications, pris par le ministère des Communications le 20 avril 1999, indique que le dispositif installé par les fournisseurs de services de communication doit satisfaire à certaines spécifications présentées dans les addendums à l'arrêté. Cet arrêté, accompagné de ses addendums, a été publié dans le magazine officiel du ministère des Communications *SvyazInform*, diffusé par abonnement. Il peut aussi être consulté *via* une base de données Internet juridique privée, qui l'a repris à partir de *SvyazInform*.

116. Les addendums n^{os} 1 et 3 décrivent les spécifications techniques du SORM relatives aux réseaux de téléphonie mobile. Ils précisent que l'interception de communications est effectuée par un organe d'application des lois à partir d'un terminal de contrôle à distance connecté au dispositif d'interception installé par l'opérateur de réseau mobile. Ce dispositif doit

pouvoir notamment : a) créer des bases de données sur les sujets des interceptions, à gérer depuis le terminal de contrôle à distance ; b) intercepter des communications et transmettre les données ainsi recueillies au terminal de contrôle à distance ; c) protéger les données contre tout accès non autorisé, y compris par des employés de l'opérateur de réseau mobile ; d) assurer l'accès aux bases de données des adresses des abonnés (paragraphe 1.1 et 1.6 de l'addendum n° 1).

117. Plus spécifiquement, le dispositif doit permettre : a) l'interception de tous les appels entrants et sortants du sujet de l'interception ; b) l'accès aux informations sur sa localisation ; c) le maintien de la capacité d'interception lorsqu'une connexion en cours est transférée du réseau d'un opérateur de réseaux mobiles à celui d'un autre opérateur ; d) le maintien de la capacité d'interception en cas de recours à des prestations complémentaires telles que le renvoi d'appel, le transfert d'appel ou la conférence multiple, avec possibilité d'enregistrer le ou les numéros vers lesquels l'appel est acheminé ; e) la collecte de données de communication concernant tout type de connexion, que ce soit par télécopie, SMS ou autre ; f) l'accès aux informations sur les services fournis au sujet de l'interception (paragraphe 2.1.2 de l'addendum n° 1).

118. Il existe deux types d'interception : l'« interception totale » et la « surveillance statistique ». L'interception totale est l'interception en temps réel des données de communication et du contenu de toutes les communications entrantes ou sortantes du sujet de l'interception. La surveillance statistique est la surveillance en temps réel des seules données de communication, sans interception du contenu des communications. Les données de communication englobent le numéro de téléphone appelé, la date et l'heure correspondant au début et à la fin de la connexion, les prestations complémentaires utilisées, la localisation du sujet de l'interception et l'état de sa connexion (paragraphe 2.2 et 2.4 de l'addendum n° 1).

119. Le dispositif installé doit pouvoir lancer l'interception de communications dans les trente secondes qui suivent la réception d'un ordre émanant du terminal de contrôle à distance (paragraphe 2.5 de l'addendum n° 1).

120. Les informations sur les sujets des interceptions ou sur la transmission de toute donnée au terminal de contrôle à distance ne peuvent être ni consignées ni enregistrées (paragraphe 5.4 de l'addendum n° 1).

121. Le terminal de contrôle à distance reçoit de l'opérateur de réseau mobile un mot de passe lui donnant le plein accès au SORM. Le terminal change alors de mot de passe afin d'empêcher toute personne non autorisée d'avoir accès au SORM. À partir du terminal de contrôle à distance, il est possible d'activer le SORM afin notamment qu'il lance, suspende ou arrête l'interception concernant un abonné, qu'il intercepte la communication en

cours d'un abonné et qu'il soumette des informations spécifiques sur un abonné (paragraphe 3.1.2 de l'addendum n° 3).

122. Le centre de contrôle à distance reçoit les notifications automatiques suivantes concernant le sujet de l'interception: SMS envoyés ou reçus, avec leur contenu; composition d'un numéro; établissement d'une connexion; interruption d'une connexion; utilisation de prestations complémentaires; changement dans l'état de la connexion ou de la localisation du sujet de l'interception (paragraphe 3.1.4 de l'addendum n° 3).

b) L'arrêté n° 130

123. L'arrêté n° 130 sur les procédures d'installation applicables au système technique permettant la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation, pris par le ministère des Communications le 25 juillet 2000, disposait que les fournisseurs de services de communication devaient installer un dispositif satisfaisant aux spécifications techniques énoncées par l'arrêté n° 70. La procédure et le programme d'installation devaient être approuvés par le FSB (paragraphe 1.4).

124. Les fournisseurs de services de communication devaient prendre des mesures aux fins de la protection des informations relatives aux méthodes et tactiques employées dans le cadre de mesures opérationnelles d'investigation (paragraphe 2.4).

125. Les fournisseurs de services de communication devaient veiller à ce que toute interception de communications ou tout accès à des données de communication fût accordé uniquement en vertu d'une décision judiciaire et suivant la procédure établie par la LMOI (paragraphe 2.5).

126. Il n'y avait pas lieu d'informer les fournisseurs de services de communication au sujet des interceptions concernant leurs abonnés. Il n'y avait pas lieu non plus de leur fournir les décisions judiciaires autorisant les interceptions (paragraphe 2.6).

127. Les interceptions étaient réalisées par le personnel et au moyen des installations techniques du FSB et des services du ministère de l'Intérieur (paragraphe 2.7).

128. Les paragraphes 1.4 et 2.6 de l'arrêté n° 130 furent contestés devant la Cour suprême par un certain M. N. Celui-ci plaidait le caractère illégal du renvoi à l'arrêté n° 70 contenu au paragraphe 1.4, alléguant que cet arrêté n'avait pas été publié et qu'il était dénué de validité. Quant au paragraphe 2.6, M. N. l'estimait incompatible avec la loi sur les communications, qui disposait que les fournisseurs de services de communication étaient tenus de veiller au respect du caractère privé des communications. Le 25 septembre 2000, la Cour suprême déclara que le renvoi à l'arrêté n° 70 contenu au paragraphe 1.4 était légal dès lors que cet arrêté revêtait

un caractère technique et n'était donc pas censé figurer dans une publication officielle accessible à tous, raison pour laquelle il n'avait été publié que dans une revue spécialisée. Concernant le paragraphe 2.6, la Cour suprême considéra qu'on pouvait l'interpréter comme faisant obligation aux fournisseurs de services de communication d'ouvrir aux organes d'application des lois, sans autorisation judiciaire, l'accès aux informations sur les abonnés. Jugeant qu'une telle exigence était incompatible avec la loi sur les communications, la haute juridiction parvint à la conclusion que le paragraphe 2.6 était entaché d'illégalité et inapplicable.

129. Le 25 octobre 2000, le ministère des Communications abrogea le paragraphe 2.6 de l'arrêté n° 130.

130. En réponse à une demande d'information de l'ONG Contrôle civil, le ministère des Communications déclara dans une lettre datée du 20 août 2006 que l'abrogation du paragraphe 2.6 de l'arrêté n° 130 ne signifiait pas que les fournisseurs de services de communication devaient être informés des mesures opérationnelles d'investigation visant un abonné ou recevoir copie de la décision pertinente accordant l'autorisation judiciaire en vue d'une telle surveillance.

131. L'arrêté n° 130 fut abrogé le 16 janvier 2008 (paragraphe 134 ci-dessous).

c) L'arrêté n° 538

132. Selon l'arrêté n° 538 sur la collaboration entre les fournisseurs de services de communication et les organes d'application des lois, pris par le gouvernement le 27 août 2005, les fournisseurs de services de communication doivent faire preuve de diligence dans la mise à jour des bases de données contenant les informations sur les abonnés et les prestations dont ils bénéficient. Ces renseignements doivent être conservés pendant trois ans. Les organes d'application des lois doivent avoir en permanence accès à distance à ces bases de données (paragraphe 12).

133. Les bases de données doivent comporter les informations suivantes au sujet des abonnés: a) prénom, patronyme et nom de famille, adresse du domicile et numéro de passeport, s'il s'agit d'une personne physique; b) nom de la société, adresse et liste des personnes ayant accès à l'équipement terminal, ainsi que leurs prénom, patronyme, nom de famille, adresse du domicile et numéro de passeport, s'il s'agit d'une personne morale; c) des informations relatives aux connexions, au trafic et aux paiements (paragraphe 14).

d) L'arrêté n° 6

134. L'arrêté n° 6 sur les spécifications relatives aux réseaux de télécommunications concernant la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation (première partie), pris par le ministère des Communications le 16 janvier 2008, a remplacé l'arrêté n° 130.

135. L'arrêté n° 6 a maintenu l'obligation pour les fournisseurs de services de communication d'assurer la transmission, vers le terminal de contrôle à distance de l'organe d'application des lois compétent, d'informations sur a) les numéros et codes d'identification des abonnés et b) le contenu de leurs communications. Ces informations doivent être transmises en temps réel sur demande provenant du terminal de contrôle à distance. Les fournisseurs de services de communication doivent également veiller à l'identification du lieu où se trouve un abonné (paragraphe 2, 3 et 5).

136. Le terminal de contrôle à distance doit avoir accès aux bases de données contenant les informations sur les abonnés, y compris leurs numéros et codes d'identification (paragraphe 7 et 8).

137. Les fournisseurs de services de communication doivent veiller à ce que le sujet de l'interception demeure dans l'ignorance de l'interception de ses communications. Les informations sur les interceptions passées ou en cours doivent être protégées contre tout accès non autorisé par les employés des fournisseurs de services de communication (paragraphe 9).

e) L'arrêté n° 73

138. L'arrêté n° 73 sur les spécifications relatives aux réseaux de télécommunications concernant la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation (deuxième partie), pris par le ministère des Communications le 27 mai 2010, donne des précisions sur certaines spécifications contenues dans l'arrêté n° 6. Il indique en particulier que le dispositif installé par les fournisseurs de services de communication doit permettre aux organes procédant à des mesures opérationnelles d'investigation d'avoir accès à l'ensemble des données transmises par le biais des réseaux de télécommunications et être capable de sélectionner les données et de transmettre les données sélectionnées à son terminal de contrôle (paragraphe 2).

**III. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ET
EUROPÉENS PERTINENTS****A. Nations unies**

139. La Résolution n° 68/167 sur le droit à la vie privée à l'ère du numérique, adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2013, se lit comme suit :

« *L'Assemblée générale,*

(...)

4. *Invite* tous les États :

(...)

c) À revoir leurs procédures, leurs pratiques et leur législation relatives à la surveillance et à l'interception des communications, et à la collecte de données personnelles, notamment à grande échelle, afin de défendre le droit à la vie privée en veillant à respecter pleinement toutes leurs obligations au regard du droit international [des droits de l'homme] ;

d) À créer des mécanismes nationaux de contrôle indépendants efficaces qui puissent assurer la transparence de la surveillance et de l'interception des communications et de la collecte de données personnelles qu'ils effectuent, le cas échéant, et veiller à ce qu'ils en répondent, ou à les maintenir en place s'ils existent déjà ;

(...)»

B. Conseil de l'Europe

140. La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 (STE n° 108) a établi des normes pour la protection des données dans le cadre du traitement automatisé de données à caractère personnel dans les secteurs public et privé. Elle énonce :

Article 8 – Garanties complémentaires pour la personne concernée

« Toute personne doit pouvoir :

a) connaître l'existence d'un fichier automatisé de données à caractère personnel, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résidence habituelle ou le principal établissement du maître du fichier ;

b) obtenir à des intervalles raisonnables et sans délais ou frais excessifs la confirmation de l'existence ou non dans le fichier automatisé, de données à caractère personnel la concernant ainsi que la communication de ces données sous une forme intelligible ;

c) obtenir, le cas échéant, la rectification de ces données ou leur effacement lorsqu'elles ont été traitées en violation des dispositions du droit interne donnant effet aux principes de base énoncés dans les articles 5 et 6 de la présente Convention ;

d) disposer d'un recours s'il n'est pas donné suite à une demande de confirmation ou, le cas échéant, de communication, de rectification ou d'effacement, visée aux paragraphes b et c du présent article. »

Article 9 – Exceptions et restrictions

« 1. Aucune exception aux dispositions des articles 5, 6 et 8 de la présente Convention n'est admise, sauf dans les limites définies au présent article.

2. Il est possible de déroger aux dispositions des articles 5, 6 et 8 de la présente Convention lorsqu'une telle dérogation, prévue par la loi de la Partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique :

a) à la protection de la sécurité de l'État, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'État ou à la répression des infractions pénales ;

b) à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui.

(...)»

Article 10 – Sanctions et recours

« Chaque Partie s'engage à établir des sanctions et recours appropriés visant les violations aux dispositions du droit interne donnant effet aux principes de base pour la protection des données énoncés dans le présent chapitre. »

141. La Convention n° 108 a été ratifiée par la Fédération de Russie le 15 mai 2013 et est entrée en vigueur à l'égard de cet État le 1^{er} septembre 2013. L'instrument de ratification déposé le 15 mai 2013 par la Fédération de Russie contient les déclarations suivantes :

« La Fédération de Russie déclare que, conformément à l'article 3, paragraphe 2.a, de la Convention, elle n'appliquera pas la Convention aux données personnelles :

(...)

b) relevant du secret d'État en conformité avec la législation de la Fédération de Russie sur le secret d'État.

La Fédération de Russie déclare que, conformément à l'article 3, paragraphe 2.c, de la Convention, elle appliquera la Convention aux données personnelles qui ne sont pas traitées automatiquement, si l'application de la Convention correspond à la nature des actions effectuées avec les données à caractère personnel sans l'aide de moyens automatiques.

La Fédération de Russie déclare que, conformément à l'article 9, paragraphe 2.a, de la Convention, elle se réserve le droit de limiter l'accès d'une personne à ses propres données personnelles dans le but de protéger la sécurité de l'État et l'ordre public. »

142. Le Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (STE n° 181), qui a été signé mais non ratifié par la Fédération de Russie, dispose :

Article 1 – Autorités de contrôle

« 1. Chaque Partie prévoit qu'une ou plusieurs autorités sont chargées de veiller au respect des mesures donnant effet, dans son droit interne, aux principes énoncés dans les chapitres II et III de la Convention et dans le présent Protocole.

2. a) À cet effet, ces autorités disposent notamment de pouvoirs d'investigation et d'intervention, ainsi que de celui d'ester en justice ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente des violations aux dispositions du droit interne donnant effet aux principes visés au paragraphe 1 de l'article 1 du présent Protocole.

b) Chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés fondamentales à l'égard des traitements de données à caractère personnel relevant de sa compétence.

3. Les autorités de contrôle exercent leurs fonctions en toute indépendance.

4. Les décisions des autorités de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

(...)»

143. La Recommandation n° R (87) 15 du Comité des Ministres aux États membres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée le 17 septembre 1987, énonce ce qui suit :

« 1.1. Chaque État membre devrait disposer d'une autorité de contrôle indépendante et extérieure à la police, chargée de veiller au respect des principes énoncés dans la présente recommandation.

(...)

2.1. La collecte de données à caractère personnel à des fins de police devrait se limiter à ce qui est nécessaire à la prévention d'un danger concret ou à la répression d'une infraction pénale déterminée. Toute exception à cette disposition devrait faire l'objet d'une législation nationale spécifique.

2.2. Lorsque des données concernant une personne ont été collectées et enregistrées à son insu, elle devrait, si les données ne sont pas détruites, être informée, si cela est possible, que des informations sont détenues sur son compte, et ce, dès que l'objet des activités de police ne risque plus de subir un préjudice.

(...)

3.1. Dans la mesure du possible, l'enregistrement de données à caractère personnel à des fins de police ne devrait concerner que des données exactes et se limiter aux données nécessaires pour permettre aux organes de police d'accomplir leurs tâches légales dans le cadre du droit interne et des obligations découlant du droit international.

(...)

5.2.i. (...) La communication de données à des organes publics ne devrait être permise que, si dans un cas déterminé :

a) il y a obligation ou autorisation légales claires ou autorisation de l'autorité de contrôle, ou si

b) ces données sont indispensables au destinataire pour accomplir sa tâche légale propre et pour autant que le but de la collecte ou du traitement exécuté

par ce destinataire n'est pas incompatible avec celui prévu à l'origine et que les obligations légales de l'organe communiquant ne s'y opposent pas.

5.2.ii. Une communication est, en outre, exceptionnellement permise si, dans un cas déterminé :

a) la communication est, sans aucun doute, dans l'intérêt de la personne concernée et si, soit celle-ci y a consenti, soit les circonstances permettent de présumer sans équivoque un tel consentement, ou si

b) la communication est nécessaire pour éviter un danger grave et imminent.

5.3.i. (...) La communication de données à des personnes privées ne devrait être permise que si, dans un cas déterminé, il y a obligation ou autorisation légales claires ou autorisation de l'autorité de contrôle.

(...)

6.4. L'exercice [par la personne concernée] des droits d'accès, de rectification ou d'effacement ne saurait faire l'objet d'une restriction que dans la mesure où une telle restriction serait indispensable pour l'accomplissement d'une tâche légale de la police ou nécessaire pour la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui.

(...)

6.5. Un refus ou une restriction de ces droits devraient être motivés par écrit. La communication de la motivation ne pourrait être refusée que dans la mesure où cela serait indispensable pour l'accomplissement d'une tâche légale de la police ou nécessaire pour la protection des droits et libertés d'autrui.

6.6. Au cas où l'accès serait refusé, la personne concernée devrait disposer d'un recours auprès de l'autorité de contrôle ou d'un autre organe indépendant qui s'assurera que le refus est bien fondé.

(...)

7.1. Des mesures devraient être prises pour que les données à caractère personnel conservées à des fins de police soient effacées si elles ne sont plus nécessaires aux fins pour lesquelles elles avaient été enregistrées.

À cette fin, il convient notamment de prendre en considération les critères suivants : nécessité de garder des données à la lumière des conclusions d'une enquête pour un cas donné ; prononcé d'une décision définitive et notamment acquittement ; réhabilitation ; prescription ; amnistie ; âge de la personne concernée ; catégories particulières de données.

7.2. Des règles destinées à fixer des périodes de conservation pour les différentes catégories de données à caractère personnel ainsi que des contrôles périodiques sur leur qualité devraient être établis en accord avec l'autorité de contrôle ou conformément au droit interne.

8. L'organe responsable devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir aux données la sécurité physique et logique adéquate, et pour empêcher l'accès ou la communication non autorisés ou l'altération.

À cette fin, il faudrait tenir compte des différents contenus et caractéristiques des fichiers.»

144. La Recommandation n° R (95) 4 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunication, eu égard notamment aux services téléphoniques, adoptée le 7 février 1995, énonce ce qui suit en ses parties pertinentes :

«2.4. Il ne peut y avoir ingérence des autorités publiques dans le contenu d'une communication, y compris l'utilisation de tables d'écoute ou d'autres moyens de surveillance ou d'interception des communications, que si cette ingérence est prévue par la loi et constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique :

- a) à la protection de la sécurité de l'État, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'État ou à la répression des infractions pénales ;
- b) à la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui.

2.5. En cas d'ingérence des autorités publiques dans le contenu d'une communication, le droit interne devrait régler :

- a) l'exercice des droits d'accès et de rectification par la personne concernée ;
- b) les conditions dans lesquelles les autorités publiques compétentes seront en droit de refuser de donner des renseignements à la personne concernée ou d'en différer la délivrance ;
- c) la conservation ou la destruction de ces données.

Lorsqu'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services est chargé par une autorité publique d'effectuer une ingérence, les données ainsi collectées ne devraient être communiquées qu'à l'organisme désigné dans l'autorisation pour cette ingérence.»

C. Union européenne

145. La Résolution du Conseil du 17 janvier 1995 relative à l'interception légale des télécommunications (96/C 329/01) dispose :

«La présente section expose les spécifications des services autorisés relatives à l'interception légale des télécommunications. Ces spécifications sont soumises à la loi nationale et doivent être interprétées conformément aux politiques nationales applicables.

(...)

1.3. Les télécommunications effectuées par le sujet de l'interception ou qui lui sont adressées doivent être accessibles aux services autorisés, à l'exclusion de toutes les télécommunications qui n'ont pas de rapport avec le service cible précisé dans l'autorisation d'interception.

(...)

2. Les services autorisés doivent avoir des possibilités de surveillance en temps réel et à temps plein pour les interceptions de transmissions de télécommunications. Des données suffisantes afférentes aux appels doivent également être fournies en temps réel. Si des données complémentaires afférentes à l'appel ne peuvent être fournies en temps réel, les services autorisés doivent disposer de ces données dans les meilleurs délais dès la fin de l'appel.

3. Les opérateurs de réseaux ou les fournisseurs de services doivent procurer aux services autorisés une ou plusieurs interfaces à partir desquelles les communications interceptées peuvent être transmises à leurs installations de surveillance. Ces interfaces doivent faire l'objet d'un accord entre les autorités qui interceptent les communications et les opérateurs de réseaux ou les fournisseurs de services. Les autres questions relatives à ces interfaces seront traitées selon les pratiques admises dans les différents pays.

(...)

5. L'interception doit être conçue et mise en œuvre de façon à empêcher toute utilisation non autorisée ou abusive et à sauvegarder les informations concernant l'interception.

(...)

5.2. Les opérateurs de réseaux ou les fournisseurs de services doivent veiller à ce que les communications interceptées soient exclusivement transmises au service de surveillance désigné dans l'autorisation d'interception.

(...)»

146. Les spécifications ci-dessus ont été confirmées et expliquées dans la Résolution n° 9194/01 du Conseil du 20 juin 2001 relative aux besoins opérationnels des services autorisés en matière de réseaux et services publics de télécommunication.

147. Dans son arrêt rendu le 8 avril 2014 dans les affaires jointes *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.* (C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a déclaré invalide la Directive 2006/24/CE sur la conservation de données, qui imposait aux fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications l'obligation de conserver toutes les données relatives au trafic et à la localisation pendant une période comprise entre six mois et deux ans, pour que les données fussent disponibles à des fins de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves telles que définies par chaque État membre dans son droit interne. La CJUE a relevé que, même si la directive n'autorisait pas la conservation du contenu des communications, les données relatives au trafic et à la localisation visées par ce texte étaient susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises sur la vie privée des personnes dont les données avaient été

conservées. En conséquence, selon la CJUE, l'obligation de conserver ces données constituait en soi une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et des communications garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et du droit à la protection des données à caractère personnel tiré de l'article 8 de la Charte. En outre, pour la CJUE, l'accès des autorités nationales compétentes aux données constituait une ingérence supplémentaire dans l'exercice de ces droits fondamentaux. La CJUE a ajouté que l'ingérence était particulièrement grave et que la circonstance que des données étaient conservées et par la suite utilisées sans que l'abonné ou l'utilisateur inscrit en fussent informés était susceptible de faire naître dans l'esprit des personnes concernées le sentiment que leur vie privée faisait l'objet d'une surveillance constante. Elle a estimé que, si l'ingérence répondait à un objectif d'intérêt général, à savoir contribuer à la lutte contre les infractions graves et le terrorisme et ainsi, en fin de compte, à la sécurité publique, elle ne satisfaisait pas toutefois à l'exigence de proportionnalité. La CJUE a constaté en premier lieu que la directive couvrait de manière généralisée toute personne et tous moyens de communication électronique ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans qu'aucune différenciation, limitation ni exception fussent opérées en fonction de l'objectif de lutte contre les infractions graves. Ainsi, selon la CJUE, le texte impliquait une ingérence dans les droits fondamentaux de la quasi-totalité de la population européenne et s'appliquait même à des personnes pour lesquelles il n'existait aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement pût avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves. La CJUE a dit qu'en deuxième lieu la directive ne contenait pas les conditions matérielles et procédurales relatives à l'accès des autorités nationales compétentes aux données et à leur utilisation ultérieure et qu'en se bornant à renvoyer de manière générale aux infractions graves telles que définies par chaque État membre dans son droit interne, le texte ne prévoyait aucun critère objectif permettant de déterminer quelles infractions pouvaient être considérées comme suffisamment graves pour justifier une ingérence d'une telle ampleur dans les droits fondamentaux consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte. Surtout, pour la CJUE, l'accès par les autorités nationales compétentes aux données conservées n'était pas subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction, soit par une entité administrative indépendante dont la décision aurait visé à limiter l'accès aux données et leur utilisation à ce qui était strictement nécessaire en vue d'atteindre l'objectif poursuivi. En troisième lieu, la CJUE a noté que la directive imposait la conservation de toutes les données pendant une période d'au moins six mois sans que fût opérée une quelconque distinction entre les catégories de données en fonction de leur utilité éventuelle

en vue de l'objectif poursuivi ou selon les personnes concernées. La CJUE en a conclu que la directive entraînait une ingérence d'une vaste ampleur et d'une gravité particulière dans les droits fondamentaux consacrés par les articles 7 et 8 de la Charte, sans qu'une telle ingérence fût précisément encadrée par des dispositions permettant de garantir qu'elle demeurât effectivement limitée au strict nécessaire. La CJUE a également fait observer que la directive ne prévoyait pas des garanties suffisantes – au moyen de mesures techniques et organisationnelles – permettant d'assurer une protection efficace des données conservées contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès illicite à ces données et toute utilisation illicites de ces données.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

148. Le requérant allègue que le système d'interception secrète des communications de téléphone mobile en Russie n'est pas conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

A. Sur la recevabilité

149. Le Gouvernement soutient que le requérant ne peut se prétendre victime d'une violation du droit au respect de sa vie privée ou de sa correspondance (paragraphe 152-157 ci-dessous). Il estime par ailleurs que l'intéressé n'a pas épuisé les voies de recours internes (paragraphe 219-226 ci-dessous).

150. La Cour considère que les exceptions formulées par le Gouvernement sont si étroitement liées à la substance du grief du requérant qu'il y a lieu de les joindre au fond.

151. Constatant par ailleurs que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour le déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Sur la qualité de victime du requérant et l'existence d'une « ingérence »

a) Thèses des parties

i. Le Gouvernement

152. Le Gouvernement estime que le requérant ne peut se prétendre victime d'une violation de l'article 8 de la Convention et qu'il n'y a pas eu ingérence dans l'exercice de ses droits. L'intéressé ne se serait pas plaint d'une interception de ses communications téléphoniques. Le grief soulevé par lui devant les juridictions internes et la Cour consisterait en substance à dire que les fournisseurs de services de communication ont installé un dispositif spécial permettant aux autorités de mettre en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation. Or l'affaire *Orange Slovensko, a.s. c. Slovaquie* ((déc.), n° 43983/02, 24 octobre 2006) aurait confirmé que l'installation, voire le financement, d'un dispositif d'interception par des sociétés privées n'est pas en soi contraire à la Convention.

153. Le Gouvernement ajoute que l'article 34 ne peut pas être invoqué en vue de l'introduction d'une requête de type *actio popularis* ni servir de fondement à une plainte *in abstracto* selon laquelle une loi enfreint la Convention (*Aalmoes et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 16269/02, 25 novembre 2004). Il estime que la conception de la qualité de victime définie dans les arrêts *Klass et autres c. Allemagne* (6 septembre 1978, § 34, série A n° 28) et *Malone c. Royaume-Uni* (2 août 1984, § 64, série A n° 82) – selon laquelle un individu peut, sous certaines conditions, se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui a réellement appliquées – ne doit pas recevoir une interprétation large au point d'englober toute personne qui dans l'État défendeur craint que les services de sécurité aient pu recueillir des informations à son sujet. Pour le Gouvernement, le requérant doit établir l'existence d'une « probabilité raisonnable » selon laquelle les services de sécurité ont recueilli et conservé des informations sur sa vie privée (*Esbestor c. Royaume-Uni*, n° 18601/91, décision de la Commission du 2 avril 1993, non publiée, *Redgrave c. Royaume-Uni*, n° 20271/92, décision de la Commission du 1^{er} septembre 1993, non publiée, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 28576/95, décision de la Commission du 16 octobre 1996, non publiée, *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, § 17, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, §§ 4-6 et 78, CEDH 2006-XI, et *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05, §§ 122-123, 18 mai 2010).

154. Le Gouvernement considère que des dérogations au principe de la « probabilité raisonnable » ne sont acceptables qu'en vertu de raisons particulières. Selon lui, un individu ne peut se plaindre d'une ingérence due à la simple existence d'une législation autorisant des mesures de surveillance secrète que, dans des circonstances exceptionnelles, et il faut tenir compte de la disponibilité d'un éventuel recours au niveau interne et du risque que des mesures de surveillance secrète soient appliquées à l'intéressé (*Kennedy*, précité, § 124). Or, pour le Gouvernement, aucune raison particulière de cette nature ne peut être établie en l'espèce.

155. Premièrement, selon le Gouvernement, dès lors que le requérant n'a été soupçonné d'aucune infraction pénale, il n'existe aucune « probabilité raisonnable », ni même le moindre risque, qu'il ait fait l'objet de mesures de surveillance. Sa profession – rédacteur en chef d'une maison d'édition – ne serait pas de nature à justifier une mesure d'interception en vertu du droit russe. Le Gouvernement assure que les conversations téléphoniques du requérant n'ont jamais été interceptées et que l'intéressé n'a fourni aucune preuve du contraire. Les documents soumis par lui dans le cadre de la procédure interne concerneraient des tiers et ne contiendraient aucune preuve de sa mise sur écoute.

156. Deuxièmement, il existerait des voies de recours internes permettant de dénoncer aussi bien l'insuffisance alléguée des garanties contre les abus offertes par le droit russe que toute mesure de surveillance particulière appliquée à un individu. Il serait possible de demander à la Cour constitutionnelle de vérifier la constitutionnalité de la loi n° 144-FZ du 12 août 1995 sur les mesures opérationnelles d'investigation (« LMOI »), et également de saisir la Cour suprême, comme l'aurait fait avec succès un certain M. N., lequel aurait ainsi obtenu un constat d'illégalité relatif à une disposition de l'arrêté n° 130 du ministère des Communications (paragraphe 128 ci-dessus). Concernant l'arrêté n° 70, contrairement aux dires du requérant, il aurait été dûment publié (paragraphe 181 ci-dessous) et serait dès lors susceptible d'être contesté devant les tribunaux. Une personne dont les communications ont été interceptées illégalement en l'absence d'autorisation judiciaire préalable pourrait également obtenir réparation devant une juridiction civile. Le Gouvernement évoque l'arrêt du 15 juillet 2009 dans lequel la Cour suprême aurait estimé que l'installation d'une caméra vidéo dans le bureau du demandeur et la mise sur écoute de son téléphone professionnel avaient été illégales, ces mesures de surveillance ayant été mises en œuvre sans autorisation préalable d'un juge (paragraphe 219-224 ci-dessous). Enfin, le Gouvernement indique qu'en droit russe les mesures d'interception sont contrôlées par un organe indépendant, le parquet.

157. Le Gouvernement en conclut que la présente espèce se distingue de l'affaire *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev c. Bulgarie* (n° 62540/00, 28 juin 2007), dans laquelle la Cour aurait refusé d'appliquer le critère de la « probabilité raisonnable » en raison de l'absence de garanties contre les interceptions illégales en Bulgarie. Pour le Gouvernement, dès lors que le droit russe offre des garanties adéquates et suffisantes – y compris des voies de recours – contre les abus en matière d'interception de communications, le requérant ne peut se plaindre d'une ingérence à cause de la simple existence d'une législation permettant la surveillance secrète. Faute de « probabilité raisonnable » que ses communications téléphoniques aient été interceptées, il ne pourrait se prétendre victime de la violation de l'article 8 de la Convention qu'il allègue.

ii. Le requérant

158. Le requérant estime pouvoir se prétendre victime d'une violation de l'article 8 causée par la simple existence d'une législation autorisant un système d'interceptions secrètes de communications, sans avoir à démontrer que pareilles mesures secrètes lui ont effectivement été appliquées. Pour lui, l'existence d'une telle législation implique une menace de surveillance pour tout usager des services de télécommunications et s'analyse donc en soi en une ingérence dans l'exercice de ses droits découlant de l'article 8. Le requérant étaye sa position en invoquant les arrêts *Klass et autres* (précité, §§ 34 et 37), *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev* (précité, § 58) et *Kennedy* (précité, § 123).

159. Il soutient que la Cour n'a employé le critère de la « probabilité raisonnable » que dans des affaires où le requérant se plaignait d'interceptions qui avaient réellement eu lieu, tandis que dans les affaires portant sur un grief général relatif à une législation et à une pratique autorisant des mesures de surveillance secrète, la Cour a selon lui appliqué le critère de la « simple existence » établi dans l'arrêt *Klass et autres* (*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 59, et *Kennedy*, précité, §§ 122-123, avec d'autres références). Il ajoute que, dans l'affaire *Liberty et autres c. Royaume-Uni* (n° 58243/00, §§ 56-57, 1^{er} juillet 2008), la Cour a considéré que l'existence de pouvoirs permettant aux autorités d'intercepter des communications s'analysait en une ingérence dans les droits des requérantes au titre de l'article 8 dès lors que celles-ci étaient susceptibles de se voir appliquer les pouvoirs en question. Il indique aussi que, dans l'arrêt *Kennedy* (précité, § 124), la Cour a complété ce critère en y ajoutant une appréciation de la disponibilité de tout recours au niveau interne et du risque que des mesures de surveillance secrète fussent appliquées à l'intéressé. Enfin, dans l'affaire *Mersch et autres c. Luxembourg* (nos 10439/83

et 5 autres, décision de la Commission du 10 mai 1985, Décisions et rapports 43), la Commission aurait estimé que dans les situations où les autorités n'étaient pas tenues de notifier aux intéressés les mesures de surveillance dont ils avaient fait l'objet, ceux-ci pouvaient se prétendre « victimes » d'une violation de la Convention à raison de la simple existence d'une législation sur la surveillance secrète, et ce même s'ils ne pouvaient alléguer à l'appui de leurs requêtes avoir été réellement soumis à une mesure de surveillance.

160. Le requérant considère qu'il peut se prétendre victime d'une violation de l'article 8, en raison à la fois de la simple existence d'une législation sur la surveillance secrète et de sa situation personnelle. Il allègue que la LMOI, combinée avec la loi sur le FSB, la loi sur les communications et les arrêtés pris par le ministère des Communications – notamment l'arrêté n° 70 –, permet aux services de sécurité d'intercepter par des moyens techniques les communications de toute personne sans avoir à obtenir d'autorisation judiciaire préalable à cet effet. Plus particulièrement, les services de sécurité n'auraient aucune obligation de présenter une autorisation d'interception à quiconque, pas même au fournisseur de services de communication. Le requérant en conclut que la législation litigieuse permet l'interception généralisée des communications.

161. Le droit russe n'offrirait aucun recours qui permette de contester la législation en question. Ainsi, concernant la possibilité de mettre en cause l'arrêté n° 70, le requérant renvoie à l'arrêt de la Cour suprême du 25 septembre 2000 relatif à la plainte d'un certain M. N. (paragraphe 128 ci-dessus), dans lequel la haute juridiction aurait déclaré que l'arrêté litigieux présentait un caractère davantage technique que juridique et était donc insusceptible de figurer dans une publication officielle. Le requérant a par ailleurs produit copie d'une décision rendue le 24 mai 2010 par le Tribunal supérieur de commerce, dans laquelle celui-ci aurait constaté que les arrêtés du ministère des Communications imposant aux fournisseurs de services de communication l'obligation d'installer un dispositif permettant aux autorités de mettre en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation ne relevaient pas du contrôle des juridictions commerciales. Il ajoute que la procédure interne engagée par lui a montré que l'arrêté n° 70 ne pouvait pas être contesté de manière effective devant les juridictions russes. Quant à la LMOI, la Cour constitutionnelle se serait déjà penchée plusieurs fois sur sa constitutionnalité et aurait conclu que cette loi était compatible avec la Constitution. S'agissant pour finir de la possibilité d'attaquer des mesures de surveillance individuelle, le requérant soutient que la personne concernée n'est pas informée de la mesure d'interception, sauf si les informations interceptées sont produites comme preuves dans le cadre d'une procédure

pénale dirigée contre elle. Faute de notification, les voies de recours internes seraient ineffectives (paragraphe 217 ci-dessous).

162. Concernant sa situation personnelle, le requérant indique qu'il est journaliste et qu'il préside la branche pétersbourgeoise de la Fondation pour la défense de la glasnost, qui surveille la situation en matière de liberté des médias et offre un soutien juridique aux journalistes dont les droits professionnels ont été bafoués (paragraphe 8 ci-dessus). Le risque d'interception de ses communications s'en trouverait donc accru. Il évoque à cet égard l'importance cruciale que revêt la protection des sources journalistiques, que la Grande Chambre aurait soulignée dans l'arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas* ([GC], n° 38224/03, § 50, 14 septembre 2010).

b) Appréciation de la Cour

163. La Cour observe que le requérant en l'espèce allègue une ingérence dans l'exercice de ses droits, laquelle ingérence découlerait non pas de mesures spécifiques d'interception qui lui auraient été appliquées mais de la simple existence d'une législation autorisant l'interception secrète de communications de téléphonie mobile ainsi que d'un risque de faire lui-même l'objet de mesures d'interception.

i. Résumé de la jurisprudence de la Cour

164. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la Convention ne reconnaît pas l'*actio popularis* et la Cour n'a pas normalement pour tâche d'examiner dans l'abstrait la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant ou l'ont touché a donné lieu à une violation de la Convention (voir, entre autres, *N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, § 56, CEDH 2002-X, *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 4)*, n° 72331/01, § 26, 9 novembre 2006, et *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie* [GC], n° 47848/08, § 101, CEDH 2014). Il s'ensuit que pour pouvoir introduire une requête en vertu de l'article 34, une personne doit pouvoir démontrer qu'elle a « subi directement les effets » de la mesure litigieuse. Cette condition est nécessaire pour que soit enclenché le mécanisme de protection prévu par la Convention, même si ce critère ne doit pas s'appliquer de façon rigide, mécanique et inflexible tout au long de la procédure (*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, précité, § 96).

165. Ainsi, compte tenu des particularités des mesures de surveillance secrète et de l'importance qu'il y a à veiller à ce qu'elles fassent l'objet d'un contrôle et d'un encadrement effectifs, la Cour admet les recours généraux dirigés contre la législation qui régit cette matière. Dans l'affaire *Klass et autres*, elle a dit qu'un individu pouvait, sous certaines conditions,

se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures, sans avoir besoin d'avancer qu'on les lui avait réellement appliquées. Elle a ajouté que les conditions requises devaient être définies dans chaque cause selon le ou les droits de la Convention dont on alléguait la violation, le caractère secret des mesures incriminées et la relation entre l'intéressé et ces mesures (*Klass et autres*, précité, § 34). La Cour a justifié son approche comme suit :

« 36. La Cour relève que quand un État instaure une surveillance secrète dont les personnes contrôlées ignorent l'existence et qui demeure dès lors inattaquable, l'article 8 pourrait dans une large mesure être réduit à néant. Dans une telle situation, il se peut qu'un individu soit traité d'une façon contraire à l'article 8, voire privé du droit garanti par cet article, sans le savoir et partant sans être à même d'exercer un recours au niveau national ou devant les organes de la Convention.

(...)

La Cour ne saurait admettre que l'assurance de bénéficier d'un droit garanti par la Convention puisse être ainsi supprimée du simple fait de maintenir l'intéressé dans l'ignorance de sa violation. Un droit de recours à la Commission pour les personnes potentiellement touchées par une surveillance secrète découle de l'article 25 [article 34 actuel], faute de quoi l'article 8 risquerait de perdre toute portée.

37. Quant aux faits de l'espèce, la Cour note que la législation incriminée institue un système de surveillance exposant chacun, en République fédérale d'Allemagne, au contrôle de sa correspondance, de ses envois postaux et de ses télécommunications, sans qu'il le sache jamais à moins d'une indiscretion ou d'une notification ultérieure dans les circonstances indiquées par l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale (...) Ladite législation frappe par là directement tout usager ou usager virtuel des services des postes et télécommunications de la République fédérale d'Allemagne. En outre, les délégués l'ont relevé à juste titre, on peut dénoncer cette menace de surveillance comme restreignant par elle-même la liberté de communiquer au moyen de ces services et comme constituant donc, pour chaque usager ou usager virtuel, une atteinte directe au droit garanti par l'article 8.

(...)

38. Eu égard aux particularités de la cause, la Cour décide que les requérants sont chacun en droit de « se prétend(re) victime(s) d'une violation » de la Convention bien qu'ils ne puissent alléguer à l'appui de leur requête avoir subi une mesure concrète de surveillance. Pour savoir s'ils ont réellement été victimes d'une telle violation, il faut rechercher si la législation contestée cadre en elle-même avec les clauses de la Convention.

(...)

166. À la suite de l'affaire *Klass et autres*, deux conceptions de la qualité de victime dans les affaires de surveillance secrète se sont développées en parallèle dans la jurisprudence des organes de la Convention.

167. Dans plusieurs affaires, la Commission et la Cour ont dit que les critères énoncés dans l'arrêt *Klass et autres* ne devaient pas recevoir une interprétation large au point d'englober toute personne craignant dans l'État défendeur que les services de sécurité eussent recueilli des informations à son sujet. Elles ont toutefois estimé que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'un requérant qu'il démontrât que des informations concernant sa vie privée avaient été recueillies et conservées. Elles ont ajouté qu'en matière de mesures secrètes il suffisait que l'existence de pratiques permettant une surveillance secrète fût établie et qu'il y eût une probabilité raisonnable que les services de sécurité eussent recueilli et conservé des informations sur la vie privée de l'intéressé (*Esbester*, décision précitée, *Redgrave*, décision précitée, *Christie c. Royaume-Uni*, n° 21482/93, décision de la Commission du 27 juin 1994, Décisions et rapports 78-B, *Matthews*, décision précitée, *Halford*, précité, §§ 47 et 55-57, et *Iliya Stefanov c. Bulgarie*, n° 65755/01, §§ 49-50, 22 mai 2008). Dans toutes ces affaires, les requérants alléguaient que leurs communications avaient réellement été interceptées. Dans certaines d'entre elles, ils se plaignaient aussi de façon générale d'une législation et d'une pratique autorisant des mesures de surveillance secrète (*Esbester*, *Redgrave*, *Matthews* et *Christie*, décisions précitées).

168. Dans d'autres affaires, la Cour a réitéré l'approche adoptée dans l'arrêt *Klass et autres* selon laquelle les lois et pratiques autorisant et instaurant un système de surveillance secrète des communications créaient par leur simple existence, pour tous ceux auxquels on pourrait appliquer la législation, une menace de surveillance entravant forcément la liberté de communication entre usagers des services de télécommunications et constituant en soi une ingérence dans l'exercice par les requérants de leurs droits découlant de l'article 8, quelles que soient les mesures prises dans les faits à leur égard (*Malone*, précité, § 64, *Weber et Saravia*, décision précitée, § 78, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, §§ 58-59 et 69, *Liberty et autres*, précité, §§ 56-57, et *Iordachi et autres c. Moldova*, n° 25198/02, §§ 30-35, 10 février 2009). Dans toutes ces affaires, les requérants formulaient des plaintes générales au sujet de la législation et de la pratique autorisant les mesures de surveillance secrète. Dans certaines d'entre elles, ils alléguaient aussi une interception effective de leurs communications (*Malone*, précité, § 62, et *Liberty et autres*, précité, §§ 41-42).

169. Enfin, dans l'affaire *Kennedy*, la plus récente en la matière, la Cour a déclaré qu'il convenait de garder à l'esprit les considérations particulières justifiant qu'elle dérogeât, dans les affaires où étaient en cause des mesures de surveillance secrète, à son approche générale déniait aux particuliers le droit de se plaindre *in abstracto* d'une loi. Elle a précisé que la principale d'entre

elles tenait à ce qu'il importait de s'assurer que le caractère secret de pareilles mesures ne conduisît pas à ce qu'elles fussent en pratique inattaquables et qu'elles échappassent au contrôle des autorités judiciaires nationales et de la Cour. Elle a estimé que, pour se prononcer dans une affaire donnée sur la question de savoir si un particulier peut se plaindre d'une ingérence du seul fait qu'il existe une législation autorisant des mesures de surveillance secrète, elle devait avoir égard à la disponibilité de recours au niveau interne et au risque que des mesures de surveillance secrète fussent appliquées à l'intéressé. Elle a ajouté que lorsqu'il n'existait aucune possibilité de contester l'application de mesures de surveillance secrète au niveau interne, les soupçons et les craintes de la population quant à l'usage abusif qui pourrait être fait des pouvoirs de surveillance secrète n'étaient pas injustifiés. Elle a conclu qu'en pareil cas, un contrôle accru par la Cour s'avérait nécessaire même si, en pratique, le risque de surveillance n'était guère élevé (*Kennedy*, § 124).

ii. Harmonisation des approches

170. Vu ce contexte, la Cour estime qu'il convient de préciser les conditions dans lesquelles un requérant peut se prétendre victime d'une violation de l'article 8 sans avoir à démontrer que des mesures de surveillance secrète lui ont bien été appliquées, de manière à permettre l'adoption d'une approche uniforme et prévisible.

171. Pour la Cour, l'approche *Kennedy* est la mieux adaptée à la nécessité de veiller à ce que le caractère secret des mesures de surveillance ne conduise pas à ce qu'elles soient en pratique inattaquables et qu'elles échappent au contrôle des autorités judiciaires nationales et de la Cour. Dès lors, la Cour admet qu'un requérant peut se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures de surveillance secrète ou d'une législation permettant de telles mesures si les conditions suivantes sont remplies. Premièrement, la Cour prendra en considération la portée de la législation autorisant les mesures de surveillance secrète et recherchera pour cela si le requérant peut éventuellement être touché par la législation litigieuse, soit parce qu'il appartient à un groupe de personnes visées par elle, soit parce qu'elle concerne directement l'ensemble des usagers des services de communication en instaurant un système dans lequel tout un chacun peut voir intercepter ses communications. Deuxièmement, la Cour tiendra compte de la disponibilité de recours au niveau national et ajustera le niveau de son contrôle en fonction de l'effectivité de ces recours. Comme elle l'a souligné dans l'arrêt *Kennedy*, lorsque l'ordre interne n'offre pas de recours effectif à la personne qui pense avoir fait l'objet d'une surveillance secrète, les soupçons et les craintes de la population quant à l'usage abusif qui pourrait être fait

des pouvoirs de surveillance secrète ne sont pas injustifiés (*Kennedy*, précité, § 124). Dans ces circonstances, on est fondé à alléguer que la menace de surveillance restreint par elle-même la liberté de communiquer au moyen des services des postes et télécommunications et constitue donc, pour chaque usager ou usager potentiel, une atteinte directe au droit garanti par l'article 8. Un contrôle accru par la Cour s'avère donc nécessaire, et il se justifie de déroger à la règle selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se plaindre d'une loi *in abstracto*. En pareil cas, la personne concernée n'a pas besoin d'établir l'existence d'un risque que des mesures de surveillance secrète lui aient été appliquées. Si en revanche l'ordre interne comporte des recours effectifs, des soupçons généralisés d'abus sont plus difficiles à justifier. Dans ce cas de figure, l'intéressé peut se prétendre victime d'une violation entraînée par la simple existence de mesures secrètes ou d'une législation permettant de telles mesures uniquement s'il est à même de montrer qu'en raison de sa situation personnelle il est potentiellement exposé au risque de subir pareilles mesures.

172. L'approche définie dans l'arrêt *Kennedy* offre donc à la Cour la souplesse nécessaire pour traiter tous les types de situations qui peuvent se présenter en matière de surveillance secrète eu égard aux spécificités des ordres juridiques des États membres, c'est-à-dire les recours existants, ainsi qu'à la situation personnelle de chaque requérant.

iii. Application à la présente affaire

173. Nul ne conteste que les communications de téléphonie mobile relèvent des notions de «vie privée» et de «correspondance» au sens de l'article 8 § 1 (voir, par exemple, *Liberty et autres*, précité, § 56).

174. La Cour observe que le requérant allègue en l'espèce une ingérence dans l'exercice de ses droits, qui découlerait non pas de mesures spécifiques de surveillance qui lui auraient été appliquées mais de la simple existence d'une législation autorisant les mesures de surveillance secrète ainsi que d'un risque de faire lui-même l'objet de telles mesures.

175. La Cour note que la législation incriminée a instauré un système de surveillance secrète dans le cadre duquel tout usager de services de téléphonie mobile proposés par des fournisseurs russes peut voir intercepter ses communications de téléphonie mobile, sans jamais être informé de cette surveillance. À ce titre, la législation en question frappe directement tout usager de ces services de téléphonie mobile.

176. En outre, pour les motifs exposés ci-dessous (paragraphe 286-300), le droit russe n'offre pas de recours effectifs à une personne qui pense avoir fait l'objet d'une surveillance secrète.

177. Partant, le requérant n'a pas à établir qu'il est exposé au risque de faire l'objet d'une surveillance secrète en raison de sa situation personnelle.

178. Eu égard au caractère secret des mesures de surveillance prévues par la législation litigieuse, à leur large application, puisqu'elles touchent tous les usagers des services de communications de téléphonie mobile, et à l'absence de moyens effectifs qui permettraient de contester au niveau interne l'application alléguée de telles mesures, la Cour estime justifié l'examen *in abstracto* de cette législation.

179. Dès lors, elle considère que le requérant est en droit de se prétendre victime d'une violation de la Convention bien qu'il ne puisse alléguer à l'appui de sa requête avoir fait l'objet d'une mesure concrète de surveillance. Pour les mêmes raisons, la simple existence de la législation incriminée constitue en soi une ingérence dans l'exercice par l'intéressé des droits découlant de l'article 8. En conséquence, la Cour rejette l'exception du Gouvernement tirée du défaut de qualité de victime du requérant.

2. *Sur la justification de l'ingérence*

a) **Thèses des parties**

i. Accessibilité du droit interne

180. Le requérant soutient que les addendums à l'arrêté n° 70 exposant les spécifications techniques relatives au dispositif devant être installé par les fournisseurs de services de communication n'ont jamais été officiellement publiés et qu'ils ne sont pas accessibles aux citoyens. À son avis, dans la mesure où ils déterminent les pouvoirs des services d'application des lois en matière de surveillance secrète, ces addendums ont une incidence sur les droits des citoyens et auraient donc dû être publiés. Selon lui, ce n'est pas parce qu'il a finalement pu les consulter lors de la procédure interne que cela a remédié à l'absence de publication officielle (le requérant se réfère à *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie*, n°s 26261/05 et 26377/06, § 92, 14 mars 2013). À ses yeux, les citoyens ne doivent pas être contraints d'entamer une procédure judiciaire pour avoir accès à la réglementation qui leur est applicable. La Cour aurait déjà conclu qu'il était essentiel de fixer des règles claires, détaillées et accessibles sur l'application de mesures de surveillance secrète (*Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, § 68, 21 juin 2011).

181. Selon le Gouvernement, l'arrêté n° 70 revêt un caractère technique et ne se prête donc pas à une publication officielle. Il aurait été publié dans un magazine spécialisé, *SvyazInform* (numéro 6 de 1999) et figurerait également dans la base de données juridique sur Internet *ConsultantPlus*, où il serait consultable gratuitement. Le Gouvernement remarque que le requérant a soumis à la Cour une copie de l'arrêté accompagné de ses adden-

dums, ce qui montrerait qu'il a pu y accéder. Le droit interne serait dès lors accessible.

ii. Champ d'application des mesures de surveillance secrète

182. Le requérant soutient que la Cour a déjà constaté que la LMOI ne respectait pas l'exigence de « prévisibilité » au motif que le pouvoir discrétionnaire légal dont jouissaient les autorités pour prescrire une « opération test » impliquant l'enregistrement de communications privées au moyen d'un appareil de radiotransmission n'était subordonné à aucune condition et que l'étendue ainsi que les modalités d'exercice de ce pouvoir n'étaient pas définies (*Bykov c. Russie* [GC], n° 4378/02, § 80, 10 mars 2009). Or, pour le requérant, la présente espèce est similaire à l'affaire *Bykov*. En particulier, le droit russe n'indiquerait pas clairement les catégories de personnes susceptibles d'être soumises à des mesures d'interception. Ainsi, les mesures de surveillance ne se limiteraient pas aux personnes soupçonnées ou accusées d'infractions pénales : toute personne détentrice d'informations sur une infraction pénale pourrait être mise sur écoute. En outre, les mesures d'interception ne se borneraient pas aux infractions graves ou particulièrement graves. Le droit russe autoriserait aussi de telles mesures dans le contexte d'infractions de gravité moyenne, comme le vol à la tire.

183. Le Gouvernement arguë que les interceptions de communications ne peuvent être effectuées qu'après réception d'informations selon lesquelles une infraction pénale a été commise, est en train d'être commise ou est en cours de préparation, d'informations sur des personnes qui se préparent à commettre une infraction pénale, qui en commettent ou en ont commis une, ou d'informations sur des faits ou activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie. Dans sa décision du 14 juillet 1998, la Cour constitutionnelle aurait déclaré que recueillir des informations sur la vie privée d'une personne était autorisé uniquement en vue de la prévention ou de la détection des infractions pénales, ou des enquêtes sur celles-ci, ou pour atteindre d'autres buts légitimes énumérés dans la LMOI.

184. Le Gouvernement ajoute que seules les infractions de gravité moyenne, les infractions graves et les infractions particulièrement graves peuvent donner lieu à une décision d'interception, et que seules les personnes soupçonnées de telles infractions ou susceptibles de détenir des informations sur de telles infractions peuvent faire l'objet de mesures d'interception. À cet égard, la Cour aurait déjà conclu que des mesures de surveillance à l'égard d'une personne non soupçonnée d'une infraction peuvent être justifiées au regard de la Convention (*Greuter c. Pays-Bas* (déc.), n° 40045/98, 19 mars 2002).

185. Concernant en outre les interceptions visant à la protection de la sécurité nationale, le Gouvernement avance que l'exigence de « prévisibilité » de la loi ne va pas jusqu'à imposer aux États l'obligation d'édicter des dispositions juridiques énumérant dans le détail tous les comportements pouvant conduire à la décision de soumettre un individu à une surveillance pour des motifs de « sécurité nationale » (le Gouvernement se réfère à *Kennedy*, précité, § 159).

iii. Durée des mesures de surveillance secrète

186. Le requérant plaide que la LMOI ne précise pas les circonstances dans lesquelles une interception peut être prorogée au-delà de six mois, et que la loi n'établit pas non plus la durée maximale d'une mesure d'interception.

187. Le Gouvernement déclare qu'en droit russe une interception peut être autorisée par un juge pour une période maximale de six mois et être prorogée si nécessaire. Il ajoute que la mesure doit être levée si l'enquête est achevée. Il estime raisonnable de laisser la durée des interceptions à la discrétion des autorités internes, eu égard à la complexité et à la durée de l'enquête dans une affaire donnée (*Kennedy*, précité). Le Gouvernement mentionne également l'affaire *Van Pelt c. Pays-Bas* (n° 20555/92, décision de la Commission du 6 avril 1994, non publiée), dans laquelle la Commission aurait conclu que les écoutes téléphoniques dont le requérant avait fait l'objet pendant près de deux ans n'avaient pas emporté violation de la Convention.

iv. Procédures à suivre pour la conservation, la consultation, l'examen, l'utilisation, la transmission et la destruction des données interceptées

188. Le requérant indique que la LMOI ne fixe ni les procédures à suivre pour l'examen, la conservation, la consultation ou l'utilisation des données interceptées, ni les précautions à prendre quant à leur transmission à d'autres parties. La loi disposerait qu'elles doivent être détruites dans les six mois, sauf si elles sont nécessaires aux intérêts du service ou de la justice. Or il n'y aurait aucune définition de la notion d'« intérêts du service ou de la justice ». Le droit russe laisserait par ailleurs une liberté complète au juge du fond pour décider après la fin du procès s'il y a lieu de conserver ou de détruire les données utilisées comme éléments de preuve.

189. Le Gouvernement soutient que la LMOI exige que les enregistrements des communications interceptées soient conservés dans des conditions écartant tout risque qu'ils soient écoutés ou copiés par des personnes non autorisées. Il ajoute que la décision judiciaire autorisant l'interception de communications, les pièces sur lesquelles repose cette décision et les données collectées au moyen de l'interception constituent un secret d'État et qu'elles doivent rester en la possession exclusive de l'organe d'État effec-

tuant les interceptions. En cas de nécessité de les transmettre à un enquêteur, un procureur ou une juridiction, ces éléments seraient susceptibles d'être déclassifiés par les chefs des organes réalisant les mesures opérationnelles d'investigation. Les autorisations d'interception seraient déclassifiées par les tribunaux qui les ont délivrées. La procédure à suivre pour transmettre les données collectées lors de mesures opérationnelles d'investigation aux organes d'enquête compétents ou à une juridiction serait définie par l'arrêté du ministère de l'Intérieur du 27 septembre 2013 (paragraphe 58 ci-dessus).

190. Selon le Gouvernement, les données recueillies lors de mesures opérationnelles d'investigation doivent être conservées pendant un an puis détruites, sauf si elles sont nécessaires aux intérêts du service ou de la justice, et les enregistrements doivent être conservés pendant six mois puis détruits. Dès lors, le droit russe serait prévisible et offrirait des garanties suffisantes.

v. Autorisation des mesures de surveillance secrète

a) Le requérant

191. Le requérant soutient que, même si le droit interne exige pour toute interception une autorisation judiciaire préalable, la procédure d'autorisation n'offre pas de garanties suffisantes contre les abus. Premièrement, dans les cas urgents il serait possible d'intercepter des communications sans autorisation judiciaire pendant une durée maximale de quarante-huit heures. Deuxièmement, contrairement au CPP, la LMOI ne poserait aucune condition relative au contenu de l'autorisation d'interception. En particulier, la loi ne prescrirait pas que le sujet de l'interception soit clairement désigné dans l'autorisation par son nom, son numéro de téléphone ou son adresse (voir, *a contrario*, les législations britannique et bulgare citées dans *Kennedy*, précité, §§ 41 et 160 ; voir aussi *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 13). Le droit interne n'exigerait pas non plus que l'autorisation précise quelles communications ou quels types de communications doivent être enregistrés, de sorte à restreindre le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les services d'application des lois pour déterminer la portée des mesures de surveillance. Le droit russe n'établirait pas davantage de règles particulières pour la surveillance dans les situations sensibles, par exemple lorsqu'est en jeu la confidentialité des sources journalistiques ou lorsque la surveillance porte sur des communications entre un avocat et son client couvertes par le secret professionnel.

192. En outre, le requérant indique que le droit interne n'impose nullement au juge l'obligation de vérifier l'existence d'un « soupçon raisonnable » à l'égard de la personne concernée ou d'appliquer les critères de « nécessité » et de « proportionnalité ». Les services demandeurs ne seraient pas tenus de

joindre des pièces justificatives aux demandes d'interception. De plus, la LMOI interdirait expressément de présenter au juge certaines pièces – celles contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police, ou sur l'organisation et la tactique afférentes aux mesures opérationnelles d'investigation –, ce qui empêcherait le juge de vérifier réellement l'existence d'un « soupçon raisonnable ». Le droit russe n'exigerait pas que le juge limite l'autorisation aux seuls cas où les buts légitimes poursuivis ne peuvent être atteints par d'autres moyens moins intrusifs.

193. À l'appui de son allégation selon laquelle les juges ne vérifient pas si un « soupçon raisonnable » pèse sur la personne concernée et n'appliquent pas les critères de « nécessité » et de « proportionnalité », le requérant a soumis copie des notes analytiques produites par trois tribunaux de district situés dans différentes régions russes (région de Tambov, région de Toula et république du Daguestan). Selon le requérant, ces tribunaux y résument pour la période 2010-2013 leur propre jurisprudence relative aux mesures opérationnelles d'investigation impliquant des atteintes au caractère privé des communications ou à l'intimité du domicile. L'un d'eux déclarerait refuser l'autorisation de procéder à une mesure opérationnelle d'investigation si celle-ci ne relève pas de la liste de mesures figurant dans la LMOI, si la demande d'autorisation n'est pas signée par un agent compétent ou n'est pas motivée, ou si l'affaire relève d'une restriction légale empêchant le recours à une telle mesure (du fait par exemple de la situation de la personne concernée ou de la nature de l'infraction). Ce même tribunal dirait accorder l'autorisation lorsque toutes les conditions précitées sont réunies. Un autre tribunal indiquerait que l'autorisation peut aussi être refusée si la demande est insuffisamment motivée, c'est-à-dire si elle ne contient pas assez d'informations pour permettre au juge de s'assurer que la mesure est légale et justifiée. Le troisième tribunal déclarerait qu'il accorde l'autorisation lorsqu'un service d'application des lois le demande. Il dirait n'avoir jamais rejeté pareille demande. Les trois tribunaux estimeraient que la demande est suffisamment motivée dès lors qu'elle renvoie à l'existence d'informations visées à l'article 8 § 2 de la LMOI (paragraphe 31 ci-dessus). L'un d'eux relèverait que les demandes d'autorisation ne sont jamais accompagnées de pièces justificatives ; un autre observerait que certaines demandes en comportent, mais pas toutes ; le troisième déclarerait que toutes les demandes sont accompagnées de telles pièces. Les trois tribunaux déclareraient ne jamais demander aux services d'application des lois de fournir des pièces justificatives complémentaires, confirmant par exemple les motifs de l'interception ou prouvant que les numéros de téléphone à mettre sur écoute appartiennent à la personne concernée. Deux tribunaux diraient délivrer des autorisations d'interception visant des personnes non

identifiées; l'un d'eux préciserait que ces autorisations portent uniquement sur la collecte de données à partir de voies techniques de communication. Pareilles autorisations ne mentionneraient pas une personne précise ou un numéro de téléphone à mettre sur écoute, mais permettraient l'interception de toutes les communications téléphoniques dans la zone où une infraction pénale a été commise. L'un des tribunaux dirait ne jamais accorder ce genre d'autorisation. Deux tribunaux déclareraient que les autorisations indiquent toujours la durée pendant laquelle l'interception est permise; le troisième dirait que la durée de l'opération n'est jamais précisée dans les autorisations qu'il délivre. Enfin, aucun des trois tribunaux n'aurait examiné de griefs formulés par des personnes dont les communications avaient été interceptées.

194. Le requérant produit également des statistiques officielles établies par la Cour suprême pour la période 2009-2013. Il en ressort qu'en 2009 les tribunaux russes ont accueilli 130 083 demandes d'interception formées en vertu du CPP sur un total de 132 821 et 245 645 demandes présentées au titre de la LMOI sur 246 228 (soit 99 %). En 2010, ils ont fait droit à 136 953 demandes d'interception soumises en vertu du CPP sur 140 372 et à 276 682 demandes introduites au titre de la LMOI sur 284 137. En 2011, ils ont accueilli 140 047 demandes d'interception fondées sur le CPP sur 144 762 et 326 105 demandes basées sur la LMOI sur 329 415. En 2012, ils ont fait droit à 156 751 demandes d'interception formées en vertu du CPP sur 163 469 (soit 95 %) et à 372 744 demandes présentées au titre de la LMOI sur 376 368 (soit 99 %). En 2013, ils ont accueilli 178 149 demandes d'interception soumises en vertu du CPP sur 189 741 (soit 93 %) et 416 045 demandes introduites au titre de la LMOI sur 420 242 (soit 99 %). Le requérant souligne que le nombre d'autorisations d'interception a quasiment doublé de 2009 à 2013. Il soutient en outre que le pourcentage fort élevé d'autorisations délivrées montre que les juges ne vérifient pas si un « soupçon raisonnable » pèse sur le sujet de l'interception et n'exercent pas non plus un contrôle attentif et rigoureux. En conséquence, selon le requérant, des mesures d'interception sont ordonnées à l'égard de très nombreuses personnes dans des situations où les informations auraient pu être recueillies par des moyens moins intrusifs.

195. Le requérant en conclut que la procédure d'autorisation est viciée et donc impropre à limiter l'utilisation des mesures de surveillance secrète à ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

196. Concernant les garanties contre les interceptions non autorisées, le requérant arguë que le droit interne n'oblige pas les services d'application des lois à présenter une autorisation judiciaire au fournisseur de services de communication pour obtenir l'accès aux communications d'une personne. Toutes les autorisations judiciaires seraient des documents classifiés,

détenus exclusivement par les services d'application des lois. L'obligation de transmettre une autorisation d'interception au fournisseur de services de communication ne serait mentionnée qu'une seule fois dans le droit russe, au sujet de la surveillance des données relatives aux communications exercée en vertu du CPP (paragraphe 48 ci-dessus). Le dispositif installé par les fournisseurs de services de communication en application des arrêtés du ministère des Communications, en particulier les addendums non publiés à l'arrêté n° 70, offrirait aux services d'application des lois un accès direct et illimité à l'ensemble des communications de téléphonie mobile de tous les usagers. L'arrêté n° 538 imposerait également aux fournisseurs de services de communication l'obligation de créer des bases de données permettant de conserver pendant trois ans des informations sur tous les abonnés et sur les services fournis à ceux-ci. Les services secrets jouiraient d'un accès à distance direct à ces bases de données. Ainsi, le mode de fonctionnement du système de surveillance secrète donnerait aux services de sécurité et à la police les moyens techniques de contourner la procédure d'autorisation et d'intercepter toute communication sans autorisation judiciaire préalable. La nécessité d'obtenir pareille autorisation n'interviendrait donc que dans les affaires où les données interceptées doivent être utilisées comme éléments de preuve dans le cadre d'une procédure pénale.

197. Le requérant produit des documents montrant selon lui que les autorités d'application des lois interceptent de manière illicite des communications téléphoniques sans autorisation judiciaire préalable et en divulguent les enregistrements à des personnes non habilitées. Il fournit par exemple la version imprimée de pages Internet contenant des transcriptions de conversations téléphoniques privées de personnalités politiques. Il soumet également des articles de presse faisant état de poursuites pénales contre plusieurs hauts responsables des services techniques de la police. Ces policiers auraient été soupçonnés d'avoir intercepté illégalement les communications privées de personnes du monde politique et du monde des affaires en échange de pots-de-vin versés par des adversaires politiques ou commerciaux des individus concernés. Les articles en question évoquent des dépositions de témoins qui attesteraient que l'interception de communications en contrepartie de pots-de-vin est une pratique répandue et que n'importe qui peut acheter à la police la transcription de conversations téléphoniques d'une autre personne.

β) Le Gouvernement

198. Le Gouvernement déclare que toute interception de communications, téléphoniques ou autres, doit être autorisée par un tribunal. Selon lui, le tribunal se prononce à partir d'une demande motivée formée par un service d'application des lois. La charge de la preuve incomberait au

service demandeur, qui serait tenu de justifier la nécessité des mesures d'interception. Pour apporter cette preuve, le service demandeur joindrait à sa demande toutes pièces justificatives pertinentes, excepté celles contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police, ou sur l'organisation et la tactique afférentes aux mesures opérationnelles d'investigation. Cette dérogation se justifierait par la nécessité d'assurer la sécurité et la protection des agents infiltrés et des informateurs de la police ainsi que de leurs proches, et serait donc compatible avec la Convention.

199. Le Gouvernement évoque par ailleurs l'arrêt de la formation plénière de la Cour suprême du 27 juin 2013, dans lequel celle-ci a selon lui expliqué aux juridictions inférieures que toute restriction aux droits et libertés fondamentaux devait être prévue par la loi et être nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire proportionnée à un but légitime. La haute juridiction aurait invité les tribunaux à s'appuyer sur des faits établis, à s'assurer de l'existence de motifs pertinents et suffisants pour justifier une restriction aux droits d'un individu et à mettre en balance les intérêts de l'individu dont les droits sont restreints et les intérêts d'autres personnes, de l'État et de la société. La LMOI obligerait expressément les tribunaux à motiver la décision d'autoriser la mesure d'interception. Suivant la décision de la Cour constitutionnelle du 8 février 2007 (paragraphe 42 ci-dessus), il serait nécessaire que l'autorisation d'interception indique les raisons précises pour lesquelles la personne visée par la demande de mesures opérationnelles d'investigation est soupçonnée d'une infraction pénale ou d'activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays. Dans sa décision du 2 octobre 2003 (paragraphe 41 ci-dessus), la Cour constitutionnelle aurait également déclaré que le juge était tenu d'examiner de manière attentive et approfondie les pièces qui lui sont soumises.

200. En pratique, toute autorisation d'interception indiquerait l'organe d'État chargé de la réalisation de l'interception, les motifs sous-tendant l'application de mesures de surveillance et les raisons justifiant leur nécessité; de plus, elle mentionnerait les dispositions juridiques applicables, le nom de la personne dont les communications doivent être interceptées, les raisons de soupçonner celle-ci d'être impliquée dans la commission de telle ou telle infraction pénale, son numéro de téléphone ou code IMEI, la période pour laquelle l'autorisation est accordée et toute autre information nécessaire. Dans des circonstances exceptionnelles, il serait possible d'autoriser l'interception des communications de personnes non identifiées. Dans ce cas, en principe, le juge autoriserait la collecte de données à partir de voies techniques de communication en vue de l'identification des personnes qui étaient présentes en un lieu donné au moment où une infraction pénale y a été commise. Cette pratique serait compatible avec les principes qui se

dégagent de la jurisprudence de la Cour, dès lors qu'en pareille situation le mandat d'interception indiquerait l'unique ensemble de locaux (lieux) visé par l'interception autorisée par le mandat (*Kennedy*, précité).

201. Dans les cas d'urgence, le droit russe autoriserait l'interception de communications sans autorisation judiciaire préalable. Le juge devrait être informé de l'existence d'une telle situation dans un délai de vingt-quatre heures et une autorisation judiciaire prorogeant la mesure d'interception devrait être obtenue dans les quarante-huit heures. Le juge serait tenu d'examiner la légalité d'une telle mesure même si elle a déjà été levée. Le Gouvernement renvoie à un arrêt rendu en appel par la Cour suprême le 13 décembre 2013 dans une affaire pénale, dans lequel la haute juridiction aurait déclaré irrecevables comme éléments de preuve des enregistrements de conversations téléphoniques réalisés sans autorisation judiciaire préalable dans le cadre d'une procédure d'urgence. La Cour suprême aurait conclu que même si un juge avait été informé de l'interception, aucune décision judiciaire sur la légalité ou la nécessité de celle-ci n'avait jamais été rendue.

vi. Contrôle de l'application de mesures de surveillance secrète

a) Le requérant

202. Le requérant allègue d'emblée qu'en Russie l'effectivité de tout contrôle exercé sur les interceptions est compromise par l'absence d'obligation pour les services d'interception de garder une trace des interceptions effectuées par eux. De plus, l'arrêté n° 70 prévoirait explicitement que les informations sur les interceptions ne peuvent être ni consignées ni enregistrées.

203. Le requérant ajoute qu'en Russie ni le juge ayant délivré l'autorisation d'interception ni aucun autre agent indépendant possédant les qualifications requises pour être magistrat n'a le pouvoir de contrôler la mise en œuvre de la mesure, notamment de vérifier si la surveillance est restée dans les limites fixées par l'autorisation et a respecté les diverses conditions établies par le droit interne.

204. Le droit interne ne définirait aucune procédure s'agissant du contrôle des interceptions par le président, le Parlement et le gouvernement. Ceux-ci n'auraient à l'évidence aucun pouvoir de contrôler l'application des mesures d'interception dans des situations précises.

205. Quant au contrôle exercé par le procureur général et les procureurs de rang inférieur compétents, le requérant estime que ces personnes ne peuvent pas être considérées comme indépendantes, compte tenu de leur position au sein du système de justice pénale et de leur fonction consistant à exercer les poursuites. Il arguë en particulier que les procureurs approuvent

toutes les demandes d'interception déposées par des enquêteurs dans le contexte de procédures pénales et participent aux audiences judiciaires afférentes. Il précise qu'ils ont ensuite, lorsqu'ils exercent les poursuites, la possibilité d'utiliser les données recueillies au moyen de l'interception, notamment en les présentant comme éléments de preuve lors du procès. Il y aurait donc un conflit d'intérêts dès lors que le procureur exercerait une fonction double en ce qu'il serait à la fois partie à la procédure pénale et l'autorité contrôlant les interceptions.

206. Le requérant ajoute que les fonctions de contrôle des procureurs sont limitées du fait que certains éléments, en particulier ceux révélant l'identité d'agents infiltrés ou les tactiques, méthodes et moyens employés par les services de sécurité, échappent à leur contrôle. Les pouvoirs de contrôle des procureurs seraient également restreints dans le domaine du contre-renseignement, où les inspections ne seraient possibles que sur plainte individuelle. Eu égard au caractère secret des mesures d'interception et à l'absence de notification à la personne concernée, il serait peu probable que de telles plaintes individuelles soient déposées, de sorte que les mesures de surveillance liées au contre-renseignement échapperaient *de facto* au contrôle des procureurs. Pour le requérant, il est notable également que les procureurs ne sont pas habilités à annuler une autorisation d'interception, à faire cesser une interception illégale ou à ordonner la destruction de données recueillies de manière illégale.

207. En outre, les rapports semestriels établis par les procureurs ne donneraient lieu ni à publication ni à débat public. Ces rapports seraient des documents classifiés et ne contiendraient que des informations statistiques. Ils ne fourniraient aucune analyse de fond sur le niveau de légalité régnant dans le domaine des mesures opérationnelles d'investigation, ni aucune information sur la nature des infractions à la loi décelées et le genre de mesures adoptées pour y remédier. En outre, ces rapports amalgameraient tous les types de mesures opérationnelles d'investigation, sans faire de distinction entre les interceptions et les autres mesures.

β) Le Gouvernement

208. Le Gouvernement indique que le contrôle des mesures opérationnelles d'investigation, y compris les interceptions de communications téléphoniques, est exercé par le président, le Parlement et le gouvernement. Plus particulièrement, le président définirait la stratégie en matière de sécurité nationale et désignerait et révoquerait les responsables de l'ensemble des organes d'application des lois. L'administration présidentielle comporterait par ailleurs un service spécialement chargé de contrôler les activités des organes d'application des lois, notamment les mesures opérationnelles

d'investigation. Ce service serait composé d'agents du ministère de l'Intérieur et du FSB ayant le niveau approprié d'habilitation de sécurité. Le Parlement participerait au processus de contrôle en adoptant et en modifiant la législation qui régit les mesures opérationnelles d'investigation. Il aurait également la possibilité de former des comités et des commissions et organiserait des auditions parlementaires sur toutes sortes de questions, y compris celles relatives aux mesures opérationnelles d'investigation, et pourrait auditionner, en tant que de besoin, les responsables des organes d'application des lois. Quant au gouvernement, il prendrait des décrets et des arrêtés régissant les mesures opérationnelles d'investigation et attribuerait les ressources budgétaires aux organes d'application des lois.

209. Un contrôle serait également exercé par le procureur général et les procureurs de rang inférieur compétents, qui seraient indépendants des autorités fédérales, régionales et locales. Le procureur général et ses adjoints seraient désignés et révoqués par le Conseil de la Fédération, la chambre haute du Parlement. Les procureurs n'auraient pas le pouvoir de déposer des demandes d'interception. Celles-ci pourraient être formées soit par l'organe d'État mettant en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation en vertu de la LMOI, soit par l'enquêteur au titre du CPP. Le procureur ne serait pas habilité à donner des instructions à l'enquêteur. Dans le cadre d'une inspection effectuée par le procureur, le responsable de l'organe d'interception serait tenu de soumettre au procureur tout matériel pertinent sur demande de celui-ci; en cas de non-obtempération, il risquerait de devoir rendre des comptes. Les procureurs chargés du contrôle des mesures opérationnelles d'investigation soumettraient au procureur général des rapports semestriels, lesquels n'analyseraient cependant pas les interceptions séparément des autres mesures opérationnelles d'investigation.

vii. Notification des mesures de surveillance secrète

a) Le requérant

210. Le requérant indique que le droit russe ne prévoit pas que la personne dont les communications sont interceptées se le voie notifier, que ce soit avant, pendant ou après l'opération. Il estime acceptable de ne pas informer l'intéressé avant ou pendant l'interception, dès lors que le caractère secret de la mesure est essentiel à son efficacité. Il arguë toutefois qu'une fois l'interception terminée la notification est possible, «dès [qu'elle] peut être donnée sans compromettre le but de la restriction» (*Klass et autres*, précité). En Russie, la personne concernée ne recevrait notification à aucun stade. Elle ne serait donc susceptible d'avoir connaissance de l'interception qu'en

cas d'indiscrétion ou si une procédure pénale a été engagée contre elle et que les données interceptées ont servi d'éléments de preuve.

211. Concernant la possibilité d'obtenir l'accès aux données recueillies lors de l'interception, le requérant soutient qu'elle n'existe que dans des circonstances très limitées. À son avis, si aucune procédure pénale n'a été ouverte ou si les accusations ont été abandonnées pour des motifs autres que ceux énumérés dans la LMOI, la personne concernée ne peut pas avoir accès aux données. En outre, pour obtenir cet accès, le demandeur serait tenu d'établir qu'il y a eu interception de ses communications. Compte tenu du caractère secret des mesures de surveillance et de l'absence de notification, cette preuve serait impossible à apporter, sauf fuite d'informations sur l'interception. Même en ayant rempli toutes ces conditions préalables, l'intéressé ne pourrait recevoir que des « informations sur les données recueillies » et non obtenir l'accès aux données elles-mêmes. Enfin, seules des informations ne contenant pas de secrets d'État pourraient être divulguées. D'après le requérant, dès lors qu'en vertu de la LMOI toutes les données recueillies au cours de mesures opérationnelles d'investigation constituent des secrets d'État et que la décision de les déclassifier appartient au responsable du service d'interception, l'accès aux documents relatifs à une interception est entièrement soumis au pouvoir discrétionnaire des services d'interception.

212. Le refus d'accorder l'accès aux données recueillies serait susceptible de recours auprès d'un tribunal, et la LMOI imposerait aux services d'interception l'obligation de produire, sur demande du juge, « le matériel afférent aux mesures opérationnelles d'investigation contenant des informations sur les données auxquelles l'accès a été refusé ». Le requérant estime révélateur que les services d'interception soient tenus de fournir des « informations sur les données » et non les données elles-mêmes. Il ajoute que le matériel contenant des informations sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police ne peut pas être soumis au tribunal et se trouve ainsi soustrait au champ couvert par le contrôle juridictionnel.

β) Le Gouvernement

213. Le Gouvernement explique qu'en droit russe une personne visée par des mesures de surveillance secrète n'est à aucun stade censée en être informée. Il rappelle que la Cour constitutionnelle a déclaré qu'eu égard à la nécessité de garder le secret sur les mesures de surveillance, les principes de publicité de l'audience et du contradictoire n'étaient pas applicables à la procédure d'autorisation (paragraphe 40 ci-dessus). La personne concernée ne pourrait donc ni participer à la procédure d'autorisation ni être informée de la décision prise.

214. Après clôture de l'enquête pénale, il serait loisible à la personne mise en cause d'examiner tous les éléments versés au dossier, y compris les données recueillies au cours de mesures opérationnelles d'investigation. Par ailleurs, dans les cas où l'enquêteur a décidé de ne pas entamer de procédure pénale contre le sujet de l'interception ou d'abandonner les poursuites au motif que l'infraction alléguée n'a pas été commise ou qu'un ou plusieurs des éléments constitutifs d'une infraction pénale font défaut, l'intéressé aurait la possibilité de recevoir à sa demande des informations sur les données recueillies. Le refus de fournir pareilles informations serait susceptible de recours auprès d'un tribunal, lequel aurait le pouvoir d'en ordonner la communication s'il juge le refus infondé. Le Gouvernement a soumis copie de la décision rendue le 4 août 2009 par le tribunal du district Alexeïevski (région de Belgorod), qui aurait ordonné à la police de fournir à une personne visée par une interception, dans un délai de un mois, des informations sur les données recueillies à son sujet au cours de l'opération, « pour autant que les règles de confidentialité l'autorisaient et à l'exclusion de données qui pourraient permettre la divulgation de secrets d'État ».

215. Le Gouvernement soutient que le droit russe diffère du droit bulgare critiqué par la Cour dans l'arrêt *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev* (précité, § 91), en ce qu'il prévoit selon lui la possibilité de déclassifier les éléments interceptés et de donner à la personne concernée accès à ces éléments. À l'appui de cette affirmation, il renvoie au jugement du 11 juillet 2012 par lequel la cour régionale de Zabaïkalsk aurait prononcé une condamnation pénale. Ce jugement – dont la Cour n'a pas reçu copie – porte selon le Gouvernement sur une décision judiciaire ayant autorisé l'interception des communications téléphoniques de l'intéressé, décision qui aurait été déclassifiée et soumise au juge du fond à la demande de celui-ci. Le Gouvernement se réfère également à deux autres arrêts – l'un du présidium de la cour régionale de Krasnoïarsk et l'autre du présidium de la Cour suprême de la République des Maris – qui auraient annulé, par voie de supervision, des décisions judiciaires ayant autorisé l'interception de communications. Le Gouvernement n'a pas fourni copie de ces arrêts.

viii. Les recours disponibles

α) Le requérant

216. Le requérant considère que la question de la notification des mesures de surveillance et celle de l'effectivité des recours judiciaires sont indissolublement liées dès lors que, si on ne l'avise pas des mesures prises à

son insu, l'intéressé ne peut guère, en principe, en contester rétrospectivement la légalité en justice (*Weber et Saravia*, décision précitée).

217. Il arguë que les recours disponibles en droit russe sont inefficaces. Concernant la possibilité pour la personne objet de la surveillance de demander un contrôle juridictionnel des mesures appliquées, il indique que c'est à elle d'établir qu'elle a été mise sur écoute mais que, la personne placée sous surveillance n'étant pas informée de cette mesure sauf si elle est inculpée d'une infraction pénale, il lui est impossible de s'acquitter de la charge de la preuve. Les copies de jugements internes fournies par le Gouvernement porteraient sur des mesures de perquisition et de saisie, à savoir des mesures opérationnelles d'investigation connues des intéressés (paragraphe 220-221 et 223 ci-dessous). Le requérant dit ne pas avoir connaissance de décisions judiciaires accessibles au public qui auraient accueilli la plainte d'une personne ayant fait l'objet d'une interception dénonçant le caractère illégal de cette mesure. Par ailleurs, il estime révélateur qu'aucun des jugements produits par le Gouvernement n'ait renfermé une appréciation par les juridictions internes de la proportionnalité des mesures opérationnelles d'investigation incriminées. Il ajoute que la procédure interne engagée par lui démontre aussi clairement que les voies de recours offertes par le droit interne étaient inefficaces. En outre, dans l'affaire *Avanesyan c. Russie* (n° 41152/06, 18 septembre 2014), la Cour aurait déjà jugé qu'il n'y avait pas en droit russe de recours effectifs permettant de contester des mesures opérationnelles d'investigation.

218. Le requérant indique enfin que, les arrêtés ministériels régissant les interceptions secrètes de communication étant considérés comme ayant un caractère technique et non juridique et n'étant donc pas susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, ni le sujet de l'interception ni le fournisseur de services de communication ne peuvent les contester, ainsi qu'il l'aurait déjà démontré (paragraphe 161 ci-dessus).

β) Le Gouvernement

219. Le Gouvernement affirme qu'en Russie une personne estimant que ses droits ont été ou sont violés par un agent de l'État à l'occasion de la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation peut adresser une plainte au supérieur hiérarchique de cet agent, à un procureur ou à un tribunal, et ce en vertu de l'article 5 de la LMOI (paragraphe 83 ci-dessus).

220. Il indique que, comme la formation plénière de la Cour suprême l'a selon lui expliqué, si la personne concernée apprend qu'il y a eu interception, elle peut saisir une juridiction de droit commun suivant la procédure définie au chapitre 25 du CPC (paragraphe 92 ci-dessus). Le demandeur ne serait pas tenu de prouver que les mesures d'interception ont emporté

violation de ses droits; ce serait aux services d'interception qu'il incomberait d'établir que les mesures d'interception étaient légales et justifiées. Le Gouvernement ajoute qu'en droit russe si un tribunal conclut au civil qu'il y a eu atteinte aux droits du demandeur, il doit prendre des mesures aux fins du redressement de la violation et de la réparation du dommage (paragraphe 97 ci-dessus). Le Gouvernement a fourni copie de deux décisions judiciaires fondées sur le chapitre 25 du CPC, décisions ayant déclaré illégales des perquisitions et saisies d'objets ou de documents et ordonné à la police de prendre des mesures spécifiques destinées à réparer la violation.

221. En outre, il serait loisible au sujet de l'interception de former une requête en supervision contre la décision judiciaire ayant autorisé l'interception, comme l'aurait expliqué la Cour constitutionnelle dans sa décision du 15 juillet 2008 (paragraphe 43 ci-dessus). De même, l'intéressé aurait la possibilité de former un appel ou un pourvoi en cassation.

222. Le Gouvernement indique que si l'interception a eu lieu dans le cadre d'une procédure pénale, la personne concernée peut aussi déposer une plainte sur le fondement de l'article 125 du CPP. Il évoque l'arrêt du 26 octobre 2010 par lequel la Cour suprême aurait annulé, par voie de supervision, les décisions de juridictions inférieures de déclarer irrecevable la plainte formée par K. en vertu de l'article 125 du CPP, relativement au refus de l'enquêteur de lui délivrer copie de la décision judiciaire ayant autorisé l'interception de ses communications. La Cour suprême aurait déclaré qu'il fallait examiner la plainte sous l'angle de l'article 125 du CPP bien que l'intéressée eût déjà été condamnée, et que celle-ci avait droit à une copie de l'autorisation d'interception. Le Gouvernement a soumis copie de dix décisions judiciaires ayant accueilli des plaintes fondées sur l'article 125 du CPP, relatives à des perquisitions et saisies illégales d'objets ou de documents. Il a également produit copie d'un jugement ayant acquitté une personne en appel après constat que sa condamnation en première instance reposait sur des éléments de preuve irrecevables recueillis au moyen d'un « achat test » illégal de stupéfiants.

223. Le Gouvernement ajoute que la personne concernée peut demander une indemnisation sur le fondement de l'article 1069 du code civil (paragraphe 102 ci-dessus). Cet article prévoirait la réparation du préjudice matériel ou moral causé à une personne physique ou morale par un acte illégal d'un organe ou d'un agent de l'administration centrale ou municipale, dès lors que la faute de cet organe ou agent se trouve établie. La question de l'indemnisation pour préjudice moral serait régie par les principes énoncés dans les articles 1099 à 1101 du code civil (paragraphe 103-104 ci-dessus). Le Gouvernement indique en particulier que le préjudice moral causé par la diffusion d'informations portant atteinte à l'honneur, à la dignité ou à

la réputation d'une personne peut donner lieu à indemnisation, et ce que l'auteur du préjudice ait ou non commis une faute. Le Gouvernement a soumis copie de la décision du 9 décembre 2013 par laquelle le tribunal de Vitchouga (région d'Ivanovo) a alloué une indemnité au titre du préjudice moral dû à l'interception illégale des conversations téléphoniques d'un suspect, le juge du fond ayant déclaré irrecevables comme éléments de preuve les enregistrements obtenus par cette interception. Le Gouvernement a également présenté une décision judiciaire ayant alloué une indemnité pour perquisition et saisie illégales de documents, et une décision judiciaire ayant ordonné l'indemnisation d'une personne acquittée qui avait fait l'objet de poursuites illégales.

224. Le droit russe prévoirait aussi des recours à caractère pénal en cas d'abus de pouvoir (articles 285 et 286 du code pénal), de collecte ou de diffusion non autorisées d'informations sur la vie privée et familiale d'une personne (article 137 du code pénal) et de violation du droit au caractère privé des communications (article 138 du code pénal – paragraphes 19-22 ci-dessus). À cet égard, le Gouvernement évoque l'arrêt du 24 octobre 2002 par lequel la Cour suprême aurait condamné un certain E.S. pour s'être rendu coupable d'une infraction à l'article 138 du code pénal en incitant un fonctionnaire à lui fournir les noms des titulaires de plusieurs numéros de téléphone ainsi que les relevés d'appels correspondant à ces numéros. Il renvoie aussi à l'arrêt du 15 mars 2007 par lequel la Cour suprême aurait condamné un douanier pour infraction à l'article 138 du code pénal en raison de l'interception des communications téléphoniques d'un certain P. Le Gouvernement a soumis copie de deux autres jugements de condamnation fondés sur l'article 138 du code pénal : le premier concerne la vente de matériel d'espionnage, à savoir des stylos et des montres avec caméra intégrée ; le second porte sur le piratage secret de la base de données d'un fournisseur de services de communication aux fins de l'obtention de relevés d'appels d'utilisateurs.

225. Pour finir, le Gouvernement arguë que le droit russe comporte aussi des recours permettant de se plaindre de l'insuffisance alléguée des garanties contre les abus dans le cadre de l'interception de communications (paragraphe 156 ci-dessus).

226. Il maintient que le requérant n'a exercé aucun des recours que lui offrait le droit russe et qui sont évoqués ci-dessus. Plus particulièrement, l'intéressé aurait choisi d'engager une procédure judiciaire contre des opérateurs de réseaux mobiles, le ministère des Communications n'étant intervenu dans la procédure que comme tierce partie.

b) Appréciation de la Cour*i. Principes généraux*

227. La Cour réaffirme qu'une ingérence ne peut se justifier au regard de l'article 8 § 2 que si elle est prévue par la loi, vise un ou plusieurs des buts légitimes énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 et est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre ce ou ces buts (*Kennedy*, précité, § 130).

228. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle les termes «prévue par la loi» signifient que la mesure litigieuse doit avoir une base en droit interne et être compatible avec la prééminence du droit, expressément mentionnée dans le préambule de la Convention et inhérente à l'objet et au but de l'article 8. La loi doit donc satisfaire à des exigences de qualité: elle doit être accessible à la personne concernée et prévisible quant à ses effets (voir, parmi bien d'autres, *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, § 52, CEDH 2000-V, *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], nos 30562/04 et 30566/04, § 95, CEDH 2008, et *Kennedy*, précité, § 151).

229. La Cour a jugé à plusieurs reprises que, en matière d'interception de communications, la «prévisibilité» ne pouvait se comprendre de la même façon que dans beaucoup d'autres domaines. Dans le contexte particulier des mesures de surveillance secrète, telle l'interception de communications, la prévisibilité ne saurait signifier qu'un individu doit se trouver à même de prévoir quand les autorités sont susceptibles d'intercepter ses communications de manière qu'il puisse adapter sa conduite en conséquence. Or le risque d'arbitraire apparaît avec netteté là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret. L'existence de règles claires et détaillées en matière d'interception de conversations téléphoniques apparaît donc indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner. La loi doit être rédigée avec suffisamment de clarté pour indiquer à tous de manière adéquate en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes (*Malone*, précité, § 67, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, § 51, série A n° 116, *Huwig c. France*, 24 avril 1990, § 29, série A n° 176-B, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, 30 juillet 1998, § 46, *Recueil* 1998-V, *Rotaru*, précité, § 55, *Weber et Saravia*, décision précitée, § 93, et *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 75).

230. En outre, puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la «loi» irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ou à un juge ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel

pouvoir avec une clarté suffisante pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (voir, entre autres, *Malone*, précité, § 68, *Leander*, précité, § 51, *Huwig*, précité, § 29, et *Weber et Saravia*, décision précitée, § 94).

231. Dans sa jurisprudence relative aux mesures de surveillance secrète, la Cour énonce les garanties minimales suivantes contre les abus de pouvoir que la loi doit renfermer: la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception, la définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute, la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure, la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données recueillies, les précautions à prendre pour la communication des données à d'autres parties, et les circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction des enregistrements (*Huwig*, précité, § 34, *Amann c. Suisse* [GC], n° 27798/95, §§ 56-58, CEDH 2000-II, *Valenzuela Contreras*, précité, § 46, *Prado Bugallo c. Espagne*, n° 58496/00, § 30, 18 février 2003, *Weber et Saravia*, décision précitée, § 95, et *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 76).

232. En ce qui concerne la question de savoir si une ingérence est « nécessaire dans une société démocratique » à la réalisation d'un but légitime, la Cour a reconnu que, lorsqu'elles mettent en balance l'intérêt de l'État défendeur à protéger la sécurité nationale au moyen de mesures de surveillance secrète, d'une part, et la gravité de l'ingérence dans l'exercice par un requérant du droit au respect de la vie privée, d'autre part, les autorités nationales disposent d'une certaine marge d'appréciation dans le choix des moyens propres à atteindre le but légitime que constitue la protection de la sécurité nationale. Cette marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et effectives contre les abus, car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre. L'appréciation de cette question est fonction de toutes les circonstances de la cause, par exemple la nature, la portée et la durée des mesures éventuelles, les raisons requises pour les ordonner, les autorités compétentes pour les permettre, les exécuter et les contrôler, et le type de recours fourni par le droit interne. La Cour doit rechercher si les procédures de contrôle du déclenchement et de la mise en œuvre de mesures restrictives sont de nature à circonscrire « l'ingérence » à ce qui est « nécessaire dans une société démocratique » (*Klass et autres*, précité, §§ 49-50 et 59, *Weber et Saravia*, décision précitée, § 106, *Kvasnica c. Slovaquie*, n° 72094/01, § 80, 9 juin 2009, et *Kennedy*, précité, §§ 153-154).

233. L'examen et le contrôle des mesures de surveillance secrète peuvent intervenir à trois stades : lorsqu'on ordonne la surveillance, pendant qu'on la mène ou après qu'elle a cessé. Concernant les deux premières phases, la nature et la logique mêmes de la surveillance secrète commandent d'exercer à l'insu de l'intéressé non seulement la surveillance comme telle, mais aussi le contrôle qui l'accompagne. Puisque l'on empêchera donc forcément l'intéressé d'introduire un recours effectif ou de prendre une part directe à un contrôle quelconque, il se révèle indispensable que les procédures existantes procurent en elles-mêmes des garanties appropriées et équivalentes sauvegardant les droits de l'individu. Il faut de surcroît, pour ne pas dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8 § 2, respecter aussi fidèlement que possible, dans les procédures de contrôle, les valeurs d'une société démocratique. En un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique tout entière, il est en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge, car le pouvoir judiciaire offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière (*Klass et autres*, précité, §§ 55-56).

234. Quant au troisième stade, c'est-à-dire lorsque la surveillance a cessé, la question de la notification *a posteriori* de mesures de surveillance est indissolublement liée à celle de l'effectivité des recours judiciaires et donc à l'existence de garanties effectives contre les abus des pouvoirs de surveillance. La personne concernée ne peut guère, en principe, contester rétrospectivement devant la justice la légalité des mesures prises à son insu, sauf si on l'avise de celles-ci (*Klass et autres*, précité, § 57, et *Weber et Saravia*, décision précitée, § 135) ou si – autre cas de figure –, soupçonnant que ses communications font ou ont fait l'objet d'interceptions, la personne a la faculté de saisir les tribunaux, ceux-ci étant compétents même si le sujet de l'interception n'a pas été informé de cette mesure (*Kennedy*, précité, § 167).

ii. Application en l'espèce des principes généraux précités

235. La Cour rappelle avoir conclu que la législation russe sur l'interception secrète de communications de téléphonie mobile, dénoncée par le requérant dans un grief général, constitue une ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 § 1. Dès lors, pour trancher la question de savoir si cette ingérence se justifie sous l'angle de l'article 8 § 2, elle devra rechercher si en soi la législation litigieuse est conforme à la Convention.

236. Dans les affaires où la législation autorisant la surveillance secrète est contestée devant la Cour, la question de la légalité de l'ingérence est étroitement liée à celle de savoir s'il a été satisfait au critère de la « nécessité », raison pour laquelle la Cour doit examiner conjointement les critères selon

lesquels la mesure doit être « prévue par la loi » et « nécessaire » (*Kennedy*, précité, § 155 ; voir aussi *Kvasnica*, précité, § 84). La « qualité de la loi » en ce sens implique que le droit interne doit non seulement être accessible et prévisible dans son application, mais aussi garantir que les mesures de surveillance secrète soient appliquées uniquement lorsqu'elles sont « nécessaires dans une société démocratique », notamment en offrant des garanties et des garde-fous suffisants et effectifs contre les abus.

237. Les parties ne contestent pas que les interceptions des communications de téléphonie mobile ont une base en droit interne. Celles-ci sont régies en particulier par le CPP et la LMOI, ainsi que par la loi sur les communications et les arrêtés du ministère des Communications. Par ailleurs, il est clair pour la Cour que les mesures de surveillance autorisées en droit russe poursuivent les buts légitimes que sont la protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique, la prévention des infractions pénales et la protection du bien-être économique du pays (paragraphe 26 ci-dessus). Il reste donc à vérifier si le droit interne est accessible et s'il contient des garanties et des garde-fous suffisants et effectifs propres à satisfaire aux exigences de « prévisibilité » et de « nécessité dans une société démocratique ».

238. La Cour appréciera donc successivement l'accessibilité du droit interne, la portée et la durée des mesures de surveillance secrète, les procédures à suivre pour la conservation, la consultation, l'examen, l'utilisation, la communication et la destruction des données interceptées, les procédures d'autorisation, les modalités du contrôle de l'application de mesures de surveillance secrète, l'existence éventuelle d'un mécanisme de notification et les recours prévus en droit interne.

a) Accessibilité du droit interne

239. Les parties s'accordent à dire que la quasi-totalité des dispositions juridiques régissant la surveillance secrète – notamment le CPP, la LMOI, la loi sur les communications et la plupart des arrêtés pris par le ministère des Communications – ont fait l'objet d'une publication officielle et sont accessibles aux citoyens. En revanche, elles divergent sur le point de savoir si les addendums à l'arrêté n° 70 du ministère des Communications satisfont à l'exigence d'accessibilité.

240. La Cour observe que ces addendums n'ont jamais figuré dans une publication officielle accessible à tous, car ils ont été considérés comme présentant un caractère technique (paragraphe 128 ci-dessus).

241. La Cour admet que pour l'essentiel les addendums à l'arrêté n° 70 exposent les spécifications techniques relatives au dispositif d'interception que les fournisseurs de services de communication doivent installer. En même temps, en exigeant que le dispositif en question confère aux services

d'application des lois un accès direct à toutes les communications de téléphonie mobile de tous les usagers, tout en prohibant la consignation ou l'enregistrement d'informations sur les interceptions effectuées par lesdits services (paragraphe 115-122 ci-dessus), les addendums à l'arrêté n° 70 sont susceptibles de porter atteinte au droit des usagers au respect de leur vie privée et de leur correspondance. La Cour considère dès lors qu'ils doivent être accessibles aux citoyens.

242. Publié dans le magazine officiel du ministère des Communications *SvyazInform*, qui est diffusé par abonnement, l'arrêté n'a été rendu accessible qu'aux spécialistes des communications et non au grand public. La Cour note toutefois que le texte de l'arrêté accompagné de ses addendums peut être consulté *via* une base de données Internet juridique privée, qui l'a repris à partir de *SvyazInform* (paragraphe 115 ci-dessus). Elle juge regrettable l'absence de publication officielle de l'arrêté n° 70 le rendant accessible à tous. Cependant, prenant en compte le fait qu'il a été publié dans un magazine ministériel officiel, auquel s'ajoute la possibilité pour le grand public de le consulter par le biais d'une base de données juridique sur Internet, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la question de l'accessibilité du droit interne. Elle se concentrera plutôt sur les exigences de « prévisibilité » et de « nécessité ».

β) Champ d'application des mesures de surveillance secrète

243. La Cour rappelle que le droit national doit définir le champ d'application des mesures de surveillance secrète en fournissant aux citoyens des indications appropriées sur les circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics peuvent recourir à de telles mesures – en particulier en énonçant clairement la nature des infractions susceptibles de donner lieu à un mandat d'interception et en définissant les catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute (paragraphe 231 ci-dessus).

244. En ce qui concerne la nature des infractions, la Cour souligne que le critère de la prévisibilité n'exige pas des États qu'ils énumèrent exhaustivement en les nommant celles qui peuvent donner lieu à une mesure d'interception. En revanche, ils doivent fournir des précisions suffisantes sur la nature des infractions en question (*Kennedy*, précité, § 159). Tant la LMOI que le CPP indiquent que les communications, téléphoniques et autres, peuvent être interceptées dans le contexte d'une infraction de gravité moyenne, d'une infraction grave ou d'une infraction pénale particulièrement grave – c'est-à-dire une infraction pour laquelle le code pénal prescrit une peine maximale supérieure à trois ans d'emprisonnement – qui a déjà été commise, est en train d'être commise ou est en préparation (paragraphe 31-33 ci-dessus). La Cour est d'avis que la nature des infractions

pouvant donner lieu à un mandat d'interception est suffisamment claire. Elle n'en est pas moins préoccupée de constater que le droit russe autorise l'interception secrète des communications pour un très large éventail d'infractions pénales, y compris par exemple, comme le signale le requérant, le vol à la tire (paragraphe 182 ci-dessus; voir aussi, pour un raisonnement similaire, *Iordachi et autres*, précité, §§ 43-44).

245. La Cour note par ailleurs qu'une interception peut être ordonnée non seulement à l'égard d'un suspect ou d'un prévenu, mais aussi d'une personne susceptible de détenir des informations sur une infraction ou d'autres informations pertinentes pour un dossier pénal (paragraphe 32 ci-dessus). Elle a déjà dit par le passé que les mesures d'interception visant une personne non soupçonnée d'une infraction mais susceptible de détenir des informations sur une telle infraction pouvaient être justifiées au regard de l'article 8 de la Convention (*Greuter*, décision précitée). Elle relève cependant l'absence de toute précision, dans la législation russe ou la jurisprudence constante des juridictions russes, sur la manière dont il convient d'interpréter en pratique les termes « personne susceptible de détenir des informations sur une infraction pénale » et « personne susceptible de détenir des informations pertinentes pour un dossier pénal » (voir, pour un raisonnement similaire, *Iordachi et autres*, précité, § 44).

246. La Cour observe également que, outre les interceptions visant à la prévention ou à la détection des infractions pénales, la LMOI prévoit aussi la possibilité d'intercepter les communications, téléphoniques ou autres, après réception d'informations sur des faits ou activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie (paragraphe 31 ci-dessus). Or la nature des faits ou activités pouvant passer pour mettre en péril ces types d'intérêts en matière de sécurité n'est définie nulle part dans le droit russe.

247. La Cour a déjà eu l'occasion de dire que l'exigence de « prévisibilité » de la loi n'allait pas jusqu'à imposer aux États l'obligation d'édicter des dispositions juridiques énumérant dans le détail tous les comportements pouvant conduire à la décision de soumettre un individu à une surveillance secrète pour des motifs de « sécurité nationale ». Par la force des choses, des menaces dirigées contre la sécurité nationale peuvent être de différentes natures et peuvent être imprévues ou difficiles à définir à l'avance (*Kennedy*, précité, § 159). La Cour, cependant, a également souligné que, s'agissant de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes de base d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif en matière de sécurité nationale ne connaissait pas de limite. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel

pouvoir avec une clarté suffisante – compte tenu du but légitime poursuivi – pour fournir à l’individu une protection adéquate contre l’arbitraire (*Liou c. Russie*, n° 42086/05, § 56, 6 décembre 2007, avec d’autres références).

248. Il importe de noter que la LMOI ne donne aucune indication sur les circonstances dans lesquelles les communications d’une personne peuvent être interceptées en raison de faits ou d’activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie. Cette absence confère aux autorités une latitude quasi illimitée lorsqu’il s’agit de déterminer quels faits ou actes représentent pareille menace, et si celle-ci est grave au point de justifier une surveillance secrète; il en résulte des risques d’abus (voir, pour un raisonnement similaire, *Iordachi et autres*, précité, § 46).

249. Cela étant, la Cour ne perd pas de vue le fait qu’en Russie une mesure d’interception requiert au préalable une autorisation judiciaire. Celle-ci peut contribuer à limiter la latitude des services d’application des lois dans la lecture des formules générales que sont « personne susceptible de détenir des informations sur une infraction pénale », « personne susceptible de détenir des informations pertinentes pour un dossier pénal » et « faits ou activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique de la Russie », grâce à une interprétation judiciaire établie de ces termes ou à une pratique consacrée consistant à vérifier au cas par cas s’il existe des raisons suffisantes d’intercepter les communications d’une personne donnée. La Cour admet que la condition de l’autorisation judiciaire préalable constitue une importante garantie contre l’arbitraire. Elle se penchera ci-dessous sur l’effectivité de cette garantie.

γ) La durée des mesures de surveillance secrète

250. La Cour a dit qu’il n’était pas déraisonnable de laisser la question de la durée totale d’une mesure d’interception à l’appréciation des autorités internes compétentes pour délivrer et renouveler un mandat d’interception, pourvu qu’il existe des garanties suffisantes telles que des indications claires dans le droit interne sur le délai d’expiration de l’autorisation d’interception, les conditions dans lesquelles elle peut être renouvelée et les circonstances dans lesquelles elle doit être annulée (*Kennedy*, précité, § 161; voir aussi *Klass et autres*, précité, § 52, et *Weber et Saravia*, décision précitée, § 98).

251. Pour ce qui est de la première garantie, tant le CPP que la LMOI disposent qu’un juge peut autoriser une mesure d’interception pour une durée n’excédant pas six mois (paragraphe 38 et 47 ci-dessus). Le droit interne indique donc avec clarté la période maximale au terme de laquelle une autorisation d’interception parvient à expiration. Deuxièmement, les conditions dans lesquelles pareille autorisation peut être renouvelée sont

elles aussi précisées clairement dans la loi. En particulier, le CPP comme la LMOI disposent qu'un juge peut proroger la mesure d'interception de six mois en six mois, après réexamen de l'ensemble des éléments pertinents (*ibidem*). Concernant la troisième garantie, relative aux circonstances dans lesquelles la mesure d'interception doit être levée, la Cour remarque en revanche que l'obligation de mettre un terme à cette mesure lorsqu'elle n'est plus nécessaire est mentionnée uniquement dans le CPP, mais non, hélas, dans la LMOI (*ibidem*). Cela signifie en pratique que les interceptions intervenant dans le contexte de poursuites pénales sont entourées de plus de garanties que celles qui n'entrent pas dans ce cadre, en particulier pour ce qui touche aux « faits ou activités qui mettent en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique » du pays.

252. Partant, la Cour conclut que le droit russe comporte, au sujet de la durée et de la prorogation d'une mesure d'interception, des règles claires qui offrent des garde-fous adéquats contre les abus, mais qu'en revanche les dispositions de la LMOI sur la levée de mesures de surveillance ne fournissent pas des garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires.

- δ) Procédures à suivre pour la conservation, la consultation, l'examen, l'utilisation, la communication et la destruction des données interceptées

253. Le droit russe dispose que les données recueillies au moyen de mesures de surveillance secrète constituent des secrets d'État et doivent être scellées et conservées dans des conditions permettant d'écartier tout risque d'accès non autorisé; ces données peuvent être transmises aux agents de l'État qui en ont véritablement besoin pour s'acquitter de leurs tâches et possèdent le niveau approprié d'habilitation de sécurité. Il prévoit que des mesures soient prises pour veiller à ce que seules soient communiquées les informations nécessaires au destinataire pour l'accomplissement de ses fonctions. L'agent chargé de veiller à ce que les données soient conservées de manière sûre et soient rendues inaccessibles aux personnes non titulaires de l'habilitation de sécurité requise est clairement désigné (paragraphe 51-57 ci-dessus). Le droit interne expose également les conditions et procédures de transmission aux services de poursuite de données interceptées contenant des informations sur une infraction pénale. Il indique en particulier les règles relatives à la conservation sécurisée de ces données et les conditions de leur utilisation comme éléments de preuve lors de poursuites pénales (paragraphe 58-64 ci-dessus). La Cour constate que le droit russe comporte en matière de conservation, d'utilisation et de communication de données interceptées des règles claires qui permettent de réduire au minimum le

risque d'accès ou de divulgation non autorisés (voir, pour un raisonnement similaire, *Kennedy*, précité, §§ 162-163).

254. Selon le droit interne, la destruction des éléments interceptés doit intervenir au terme des six mois de conservation si la personne concernée n'a pas été inculpée d'une infraction pénale; si elle a été inculpée d'une telle infraction, le juge du fond doit décider, à l'issue de la procédure pénale, si les éléments interceptés ayant servi de preuves doivent être conservés ou détruits (paragraphe 65-66 ci-dessus).

255. Pour ce qui est du cas où la personne concernée n'a pas été inculpée d'une infraction pénale, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du requérant selon lequel le droit russe permet la conservation des éléments interceptés au-delà du délai légal (paragraphe 188 ci-dessus). En effet, la disposition visée par le requérant ne s'applique pas au cas spécifique de la conservation de données recueillies au moyen de l'interception de communications. La Cour juge raisonnable la durée maximale de conservation, à savoir six mois, fixée par le droit russe pour de telles données. Elle déplore toutefois l'absence d'obligation de détruire sur-le-champ les données qui n'ont pas de rapport avec le but pour lequel elles ont été recueillies (comparer avec *Klass et autres*, précité, § 52, et *Kennedy*, précité, § 162). La conservation automatique, six mois durant, de données manifestement dénuées d'intérêt ne saurait passer pour justifiée au regard de l'article 8.

256. Concernant enfin le cas où l'intéressé a été inculpé d'une infraction pénale, la Cour observe avec préoccupation que le droit russe laisse au juge du fond une latitude illimitée pour décider de la conservation ou de la destruction, à l'issue du procès, des données qui ont servi de preuves (paragraphe 66 ci-dessus). Le droit russe ne donne aux citoyens aucune indication sur les circonstances dans lesquelles les éléments interceptés peuvent être conservés au-delà du procès. La Cour estime dès lors qu'il manque de clarté sur ce point.

ε) Autorisation des interceptions

– *Procédures d'autorisation*

257. Pour déterminer si les procédures d'autorisation sont à même de garantir que la surveillance secrète n'est pas ordonnée au hasard, irrégulièrement ou sans examen approprié et convenable, la Cour prendra en compte un certain nombre de facteurs, parmi lesquels, notamment, le service compétent pour autoriser la surveillance, la portée de l'examen qu'il effectue et le contenu de l'autorisation d'interception.

258. En ce qui concerne le service compétent pour autoriser la surveillance, la Cour note que la délivrance d'autorisations d'effectuer des

écoutes téléphoniques par un service non judiciaire peut être compatible avec la Convention (voir, par exemple, *Klass et autres*, précité, § 51, *Weber et Saravia*, décision précitée, § 115, et *Kennedy*, précité, § 31), à condition que cet organe soit suffisamment indépendant à l'égard de l'exécutif (*Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), n° 71525/01, § 71, 26 avril 2007).

259. Le droit russe contient une importante garantie contre la surveillance secrète arbitraire ou systématique, puisqu'il prévoit que toute interception de communications, téléphoniques ou autres, doit faire l'objet d'une autorisation judiciaire (paragraphe 34 et 44 ci-dessus). L'organe d'application des lois qui souhaite obtenir une autorisation d'interception doit à cet effet présenter une demande motivée au juge, lequel peut le prier de produire des pièces justificatives (paragraphe 37 et 46 ci-dessus). Le juge doit motiver sa décision d'autoriser une mesure d'interception (paragraphe 38 et 44 ci-dessus).

260. Pour ce qui est de la portée de l'examen effectué par le service délivrant l'autorisation, la Cour rappelle que celui-ci doit être à même de vérifier l'existence d'un soupçon raisonnable à l'égard de la personne concernée, en particulier de rechercher s'il existe des indices permettant de la soupçonner de projeter, de commettre ou d'avoir commis des actes délictueux ou d'autres actes susceptibles de donner lieu à des mesures de surveillance secrète, comme des actes mettant en péril la sécurité nationale. Il doit également s'assurer que l'interception requise satisfait au critère de « nécessité dans une société démocratique » prévu à l'article 8 § 2 de la Convention, notamment qu'elle est proportionnée aux buts légitimes poursuivis, en vérifiant par exemple s'il est possible d'atteindre les buts recherchés par des moyens moins restrictifs (*Klass et autres*, précité, § 51, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, §§ 79-80, *Iordachi et autres*, précité, § 51, et *Kennedy*, précité, §§ 31-32).

261. La Cour note qu'en Russie le contrôle juridictionnel a une portée limitée. Ainsi, le matériel contenant des renseignements sur des agents infiltrés ou des informateurs de la police, ou sur l'organisation et la tactique afférentes aux mesures opérationnelles d'investigation, ne peut pas être soumis au juge et est donc exclu de l'examen effectué par le tribunal (paragraphe 37 ci-dessus). La Cour considère que la non-divulgateion aux tribunaux des informations pertinentes ôte à ceux-ci le pouvoir de vérifier s'il existe une base factuelle suffisante pour soupçonner la personne visée par la demande de mesures d'être l'auteur d'une infraction pénale ou d'activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays (voir, *mutatis mutandis*, *Liou*, précité, §§ 59-63). La Cour a déjà déclaré par le passé qu'il existait des techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources

de renseignements et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure (voir, *mutatis mutandis*, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 131, *Recueil* 1996-V).

262. En outre, la Cour observe qu'en Russie ni le CPP ni la LMOI n'imposent aux juges de vérifier l'existence d'un « soupçon raisonnable » à l'égard de la personne concernée ou d'appliquer les critères de « nécessité » et de « proportionnalité ». Elle note cependant que la Cour constitutionnelle a expliqué dans ses décisions que la charge de la preuve incombait à l'organe demandeur, lequel devait établir la nécessité de l'interception, et que le juge qui examinait une demande d'interception devait vérifier les motifs de cette mesure et n'accorder l'autorisation que s'il était convaincu que l'interception était légale, nécessaire et justifiée. La Cour constitutionnelle a également déclaré que la décision judiciaire autorisant l'interception devait être motivée et indiquer des raisons spécifiques de penser qu'une infraction pénale a été commise, est en train d'être commise ou est en préparation ou que des activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays sont déployées, et que la personne visée par la demande d'interception est impliquée dans ces activités criminelles ou dangereuses (paragraphe 40-42 ci-dessus). La Cour constitutionnelle a ainsi recommandé, en substance, qu'au moment d'examiner les demandes d'autorisation d'interception les juridictions russes vérifient l'existence d'un « soupçon raisonnable » à l'égard de la personne concernée et n'autorisent la mesure que si elle satisfait aux critères de nécessité et de proportionnalité.

263. Toutefois, la Cour constate que le droit interne n'oblige pas explicitement les juridictions de droit commun à se conformer à un avis de la Cour constitutionnelle sur la manière d'interpréter une disposition législative lorsque cet avis a été formulé dans une décision et non dans un arrêt (paragraphe 106 ci-dessus). De fait, les documents soumis par le requérant montrent que les juridictions internes ne suivent pas toujours les recommandations susmentionnées de la Cour constitutionnelle, qui sont toutes contenues dans des décisions et non dans des arrêts. Ainsi, il ressort des notes analytiques produites par des tribunaux de district que souvent les demandes d'interception ne sont pas accompagnées de pièces justificatives, que les juges de ces tribunaux ne demandent jamais à l'organe d'interception de leur soumettre de telles pièces et qu'une simple référence à l'existence d'informations sur une infraction pénale ou sur des activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays est considérée comme suffisante pour la délivrance d'une autorisation. Une demande d'interception n'est rejetée que si elle ne porte pas la signature d'une personne compétente, ne contient pas de référence à l'infraction en rapport avec laquelle une interception doit être ordonnée ou concerne une

infraction pénale pour laquelle une interception n'est pas autorisée en droit interne (paragraphe 193 ci-dessus). Ainsi, les notes analytiques établies par les tribunaux de district, combinées avec les statistiques fournies par le requérant pour la période 2009-2013 (paragraphe 194 ci-dessus), font apparaître que dans leur pratique quotidienne les juridictions russes ne vérifient pas s'il existe un « soupçon raisonnable » à l'égard de la personne concernée et n'appliquent pas les critères de « nécessité » et de « proportionnalité ».

264. Enfin, le contenu du mandat d'interception doit désigner clairement la personne précise à placer sous surveillance ou l'unique ensemble de locaux (lieux) visé par l'interception autorisée par le mandat. Cette désignation peut être faite au moyen des noms, adresses, numéros de téléphone ou d'autres informations pertinentes (*Klass et autres*, précité, § 51, *Liberty et autres*, précité, §§ 64-65, *Dumitru Popescu*, précité, § 78, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjev*, précité, § 80, et *Kennedy*, précité, § 160).

265. La Cour observe que le CPP exige que la demande d'autorisation d'interception indique de façon claire qui est la personne précise dont les communications doivent être interceptées et quelle est la durée de la mesure en question (paragraphe 46 ci-dessus). La LMOI, en revanche, ne renferme aucune prescription quant au contenu de la demande ou de l'autorisation d'interception. En conséquence, il arrive que les tribunaux délivrent une autorisation qui ne mentionne pas une personne précise ou un numéro de téléphone particulier à placer sur écoute, mais autorise l'interception de toutes les communications téléphoniques dans le secteur où une infraction pénale a été commise. Certaines autorisations n'indiquent pas la période pendant laquelle l'interception est permise (paragraphe 193 ci-dessus). La Cour estime que de telles autorisations, qui ne sont pas clairement prohibées par la LMOI, confèrent une très grande latitude aux services d'application des lois quant au type de communications à intercepter et à la durée de la mesure.

266. La Cour note en outre que, dans les cas d'urgence, il est possible d'intercepter des communications sans autorisation judiciaire préalable, et ce pendant une durée maximale de quarante-huit heures. Le juge doit être informé d'un tel cas dans un délai de vingt-quatre heures à compter du début de l'interception. Si aucune autorisation judiciaire n'est délivrée dans les quarante-huit heures, l'interception doit cesser sur-le-champ (paragraphe 35 ci-dessus). La Cour a eu l'occasion de se pencher sur la procédure « d'urgence » prévue par le droit bulgare et l'a jugée compatible avec la Convention (*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjev*, précité, §§ 16 et 82). Cependant, contrairement au système bulgare, la « procédure d'urgence » russe ne comporte pas de garanties

suffisantes pour en assurer une utilisation parcimonieuse et limitée aux cas dûment justifiés. En effet, bien qu'en matière pénale la LMOI restreigne le recours à la procédure d'urgence aux cas de danger immédiat de commission d'une infraction grave ou particulièrement grave, elle ne contient pas de limitation similaire pour la surveillance secrète liée à des faits ou activités mettant en péril la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays. Le droit interne ne restreint pas l'utilisation de la procédure d'urgence aux cas impliquant un péril grave et imminent pour la sécurité nationale, militaire, économique ou écologique du pays; il laisse aux autorités une latitude illimitée pour déterminer dans quelles situations il se justifie de recourir à la procédure d'urgence non judiciaire, ce qui engendre des risques de recours abusif à cette procédure (voir, *a contrario*, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 16). En outre, bien que le droit russe exige qu'un juge soit informé sur-le-champ de chaque cas d'interception d'urgence, le pouvoir du juge se borne à la délivrance d'une autorisation de proroger la mesure d'interception au-delà de quarante-huit heures. Le juge n'a pas le pouvoir d'apprécier si le recours à la procédure d'urgence était justifié ou de décider si le matériel recueilli au cours des quarante-huit heures précédentes doit être conservé ou détruit (voir, *a contrario*, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 16). Dès lors, le droit russe ne prévoit pas un contrôle juridictionnel effectif de la procédure d'urgence.

267. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que les procédures d'autorisation existant en droit russe ne sont pas aptes à garantir que les mesures de surveillance secrète ne soient pas ordonnées au hasard, irrégulièrement ou sans examen approprié et convenable.

– *L'accès des autorités aux communications*

268. La Cour prend note de l'argument du requérant selon lequel les services de sécurité et la police ont les moyens techniques d'intercepter des communications de téléphonie mobile sans avoir à obtenir d'autorisation judiciaire dès lors qu'ils jouissent d'un accès direct à toutes les communications et que leur capacité à intercepter les communications d'un ou plusieurs individus précis n'est pas subordonnée à la présentation d'une autorisation d'interception au fournisseur de services de communication.

269. Pour la Cour, l'obligation de présenter une autorisation d'interception au fournisseur de services de communication pour pouvoir accéder aux communications d'une personne constitue l'une des garanties importantes contre les abus de la part des services d'application des lois en ce qu'elle permet d'assurer qu'une autorisation en bonne et due forme soit obtenue avant toute interception. En Russie, les services d'application des lois ne

sont pas contraints par le droit interne à présenter une autorisation judiciaire au fournisseur de services de communication pour avoir accès aux communications d'une personne (voir, *a contrario*, la Résolution du Conseil de l'Union européenne, paragraphe 145 ci-dessus), excepté dans le cadre de la surveillance des données relatives aux communications en vertu du CPP (paragraphe 48 ci-dessus). En effet, en application des arrêtés du ministère des Communications, en particulier les addendums à l'arrêté n° 70, les fournisseurs de services de communication sont tenus d'installer un dispositif offrant aux services d'application des lois un accès direct à toutes les communications de téléphonie mobile de tous les usagers (paragraphe 115-122 ci-dessus). L'arrêté n° 538 impose également aux fournisseurs de services de communication l'obligation de créer des bases de données permettant de stocker pendant trois ans des informations sur tous les abonnés et les prestations dont ils bénéficient, bases de données auxquelles les services secrets ont un accès direct à distance (paragraphe 132-133 ci-dessus). Les services d'application des lois ont donc un accès direct à toutes les communications de téléphonie mobile et aux données y afférentes.

270. La Cour estime que le mode de fonctionnement du système de surveillance secrète en Russie donne aux services de sécurité et à la police les moyens techniques de contourner la procédure d'autorisation et d'intercepter n'importe quelle communication sans mandat judiciaire préalable. Si l'on ne peut jamais, quel que soit le système, écarter complètement l'éventualité qu'un fonctionnaire malhonnête, négligent ou trop zélé commette des actes irréguliers (*Klass et autres*, précité, § 59), la Cour considère néanmoins qu'un système tel que le système russe, qui permet aux services secrets et à la police d'intercepter directement les communications de n'importe quel citoyen sans leur imposer l'obligation de présenter une autorisation d'interception au fournisseur de services de communication ou à quiconque, est particulièrement exposé aux abus. La nécessité de disposer de garanties contre l'arbitraire et les abus apparaît donc particulièrement forte.

271. Dès lors, la Cour recherchera avec une attention particulière si le mode de contrôle prévu par le droit russe est à même de garantir que toute interception est effectuée légalement, en vertu d'une autorisation judiciaire en bonne et due forme.

ζ) Contrôle de l'application de mesures de surveillance secrète

272. La Cour note d'emblée que, suivant l'arrêté n° 70, le dispositif installé par les fournisseurs de services de communication ne doit ni consigner ni enregistrer des informations sur les interceptions (paragraphe 120 ci-dessus). La Cour a déjà dit par le passé que l'obligation faite aux organes d'interception de tenir des archives sur les interceptions était

particulièrement importante pour garantir à l'organe de contrôle un accès effectif aux détails des opérations de surveillance entreprises (*Kennedy*, précité, § 165). L'interdiction prévue par le droit russe de consigner ou d'enregistrer les interceptions empêche l'autorité de contrôle de repérer les interceptions réalisées sans autorisation judiciaire en bonne et due forme. Combinée à la capacité technique conférée aux services d'application des lois, par ce même arrêté, d'intercepter directement toute communication, cette règle rend tout système de contrôle impropre à détecter les interceptions irrégulières, et donc ineffectif.

273. Concernant le contrôle des interceptions effectuées en vertu d'une autorisation judiciaire en bonne et due forme, la Cour recherchera si le système de contrôle existant en Russie est apte à garantir que les prescriptions légales concernant la mise en œuvre de mesures de surveillance ainsi que la conservation, la consultation, l'utilisation, le traitement, la communication et la destruction des éléments interceptés sont systématiquement respectées.

274. Le tribunal qui a délivré une autorisation d'interception n'est pas compétent pour en contrôler la mise en œuvre. Il n'est pas informé du résultat des interceptions et n'a pas le pouvoir de vérifier si les conditions associées à la décision d'octroyer l'autorisation ont été respectées. Les juridictions russes en général ne sont pas elles non plus compétentes pour exercer un contrôle global sur les interceptions. Le contrôle par les juridictions se limite au stade initial de l'autorisation. Quant au contrôle ultérieur, il est confié au président, au Parlement, au gouvernement, au procureur général et aux procureurs de rang inférieur compétents.

275. Comme la Cour l'a dit par le passé, s'il est en principe souhaitable que la fonction de contrôle soit confiée à un juge, le contrôle par un organe non judiciaire peut passer pour compatible avec la Convention dès lors que cet organe est indépendant des autorités qui procèdent à la surveillance et est investi de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent (*Klass et autres*, précité, § 56).

276. En ce qui concerne le président, le Parlement et le gouvernement, le droit russe ne définit pas la manière dont ils peuvent contrôler les interceptions. Il n'y a pas de règlements ou d'instructions accessibles au public qui décrivent la portée de leur examen, les conditions dans lesquelles il peut avoir lieu, ou les procédures applicables pour le contrôle des mesures de surveillance ou la réparation des infractions décelées (voir, pour un raisonnement similaire, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjev*, précité, § 88).

277. Pour ce qui est des procureurs, la Cour observe que le droit national définit la portée et les procédures du contrôle exercé par eux sur les mesures opérationnelles d'investigation (paragraphe 69-80 ci-dessus). Le

droit russe indique en effet que les procureurs peuvent soumettre à des inspections systématiques et *ad hoc* les organes mettant en œuvre des mesures opérationnelles d'investigation et qu'ils sont habilités à examiner les documents pertinents, même confidentiels. Ils peuvent prendre des mesures afin de faire cesser ou réparer les infractions à la loi qui ont été décelées et afin qu'une action soit engagée contre leurs auteurs. Ils doivent soumettre au parquet général des rapports semestriels détaillant les résultats des inspections menées. La Cour admet qu'il existe un cadre légal ménageant, en théorie au moins, un certain contrôle des procureurs sur les mesures de surveillance secrète. Il convient ensuite de rechercher si les procureurs sont indépendants des services qui effectuent la surveillance et s'ils sont investis de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent.

278. Concernant l'exigence d'indépendance, la Cour a pris en compte dans de précédentes affaires le mode de désignation et le statut juridique des membres de l'organe de contrôle. En particulier, elle a jugé suffisamment indépendants les organes composés de députés – de la majorité comme de l'opposition – ou de personnes possédant les qualifications requises pour accéder à la magistrature et nommées soit par le parlement soit par le Premier ministre (voir, par exemple, *Klass et autres*, précité, §§ 21 et 56, *Weber et Saravia*, décision précitée, §§ 24-25 et 117, *Leander*, précité, § 65, *L. c. Norvège*, n° 13564/88, décision de la Commission du 8 juin 1990, et *Kennedy*, précité, §§ 57 et 166). En revanche, elle a jugé insuffisamment indépendant un ministre de l'Intérieur qui non seulement était nommé par le pouvoir politique et membre de l'exécutif, mais de plus était directement impliqué dans la commande de moyens spéciaux de surveillance (*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, §§ 85 et 87); elle a conclu de même pour un procureur général et des procureurs de rang inférieur compétents (*Iordachi et autres*, précité, § 47).

279. Contrairement aux organes de contrôle évoqués ci-dessus, les procureurs en Russie sont nommés et révoqués par le procureur général après consultation des autorités exécutives régionales (paragraphe 70 ci-dessus). Ce simple fait est de nature à susciter des doutes quant à leur indépendance à l'égard de l'exécutif.

280. En outre, il est essentiel que le rôle que jouent les procureurs dans la protection des droits de l'homme ne donne lieu à aucun conflit d'intérêts (*Mentchinskaïa c. Russie*, n° 42454/02, §§ 19 et 38, 15 janvier 2009). La Cour observe que les parquets ne sont pas spécialisés dans le contrôle des interceptions (paragraphe 71 ci-dessus). Ce contrôle ne représente qu'une partie de leurs fonctions, lesquelles, étendues et diversifiées, englobent les poursuites et le contrôle des enquêtes pénales. Dans le cadre de leurs

fonctions de poursuite, les procureurs approuvent toutes les demandes d'interception déposées par des enquêteurs lors de procédures pénales (paragraphe 44 ci-dessus). Ce mélange de fonctions au sein d'un parquet, où le même service approuve les demandes d'interception puis contrôle la mise en œuvre de l'opération, est lui aussi de nature à faire naître des doutes quant à l'indépendance des procureurs (voir, *a contrario*, *Ananyev et autres c. Russie*, n^{os} 42525/07 et 60800/08, § 215, 10 janvier 2012, affaire concernant le contrôle exercé par les procureurs sur les lieux de détention, dans laquelle la Cour a jugé que les procureurs satisfaisaient à l'exigence d'indépendance à l'égard des organes du système pénitentiaire).

281. S'agissant des pouvoirs et attributions des procureurs, il est essentiel selon la Cour que l'organe de contrôle ait accès à tous les documents pertinents, y compris à des informations confidentielles, et que toutes les personnes participant à des opérations d'interception soient tenues de lui communiquer tous les renseignements qu'il demande (*Kennedy*, précité, § 166). Le droit russe dispose que les procureurs peuvent examiner tout document pertinent, même confidentiel. Il est néanmoins important de noter que les informations sur les agents infiltrés des services de sécurité, de même que sur les tactiques, méthodes et moyens employés par eux, ne relèvent pas du contrôle exercé par les procureurs (paragraphe 74 ci-dessus). La portée de leur contrôle est donc limitée. De plus, les interceptions opérées par le FSB dans le contexte du contre-renseignement ne peuvent faire l'objet d'une inspection que sur plainte individuelle (paragraphe 76 ci-dessus). Or les particuliers ne se voyant pas notifier les interceptions (paragraphe 81 ci-dessus et 289 ci-dessous), il est peu probable que pareil type de plainte soit jamais déposé. En conséquence, les mesures de surveillance liées au contre-renseignement échappent *de facto* au contrôle des procureurs.

282. Les pouvoirs de l'organe de contrôle relativement aux infractions qu'il peut déceler constituent aussi un aspect important pour l'appréciation de l'effectivité du contrôle qu'il exerce (voir, par exemple, *Klass et autres*, précité, § 53, affaire dans laquelle l'organe d'interception devait cesser immédiatement l'interception si la commission G 10 jugeait cette mesure illégale ou inutile, et *Kennedy*, précité, § 168, affaire où tous les éléments interceptés devaient être détruits dès la découverte du caractère illégal d'une interception par le commissaire chargé des interceptions de communications). La Cour constate que les procureurs disposent de certains pouvoirs en ce qui concerne les infractions à la loi décelées par eux. Ainsi, ils peuvent prendre des mesures afin de faire cesser ou réparer ces infractions et afin qu'une action soit engagée contre leurs auteurs (paragraphe 79 ci-dessus). Toutefois, aucune disposition particulière n'exige la destruction des éléments interceptés de manière illégale (*Kennedy*, précité, § 168).

283. La Cour doit rechercher par ailleurs si les activités de l'organe de contrôle sont ouvertes à un droit de regard du public (voir, par exemple, *L. c. Norvège*, décision précitée, affaire dans laquelle la supervision était exercée par la commission de contrôle, qui rendait compte annuellement au gouvernement et dont les rapports étaient publiés et examinés par le Parlement; *Kennedy*, précité, § 166, où le contrôle des interceptions était effectué par le commissaire chargé des interceptions de communications, qui chaque année soumettait au Premier ministre un rapport, document public présenté au Parlement; voir, *a contrario*, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 88, affaire dans laquelle la Cour a critiqué un système en vertu duquel ni le ministre de l'Intérieur ni aucun autre responsable n'étaient tenus de rendre compte régulièrement à un organe indépendant ou aux citoyens au sujet du fonctionnement général du système ou des mesures appliquées dans tel ou tel cas). En Russie, les procureurs doivent soumettre au parquet général des rapports semestriels détaillant les résultats des inspections menées. Or ces rapports concernent tous les types de mesures opérationnelles d'investigation sans distinction, les interceptions n'étant pas traitées séparément des autres mesures. De plus, ces rapports ne contiennent que des informations statistiques sur le nombre d'inspections de mesures opérationnelles d'investigation effectuées et le nombre d'infractions découvertes, et ils ne précisent pas la nature des infractions ou des mesures prises pour y remédier. Il convient par ailleurs de noter que ces rapports sont des documents confidentiels qui ne sont ni publiés ni d'une autre manière rendus accessibles au public (paragraphe 80 ci-dessus). Il s'ensuit qu'en Russie le contrôle des procureurs n'est pas exercé de façon à permettre droit de regard et information des citoyens.

284. Enfin, la Cour observe que c'est au Gouvernement d'illustrer à l'aide d'exemples appropriés l'effectivité concrète du système de contrôle (voir, *mutatis mutandis*, *Ananyev et autres*, précité, §§ 109-110). Or celui-ci n'a soumis aucun rapport d'inspection ni aucune décision du parquet ayant ordonné l'adoption de mesures destinées à faire cesser ou à réparer une infraction à la loi qui a été décelée. Le Gouvernement n'a donc pas démontré que le contrôle exercé par les procureurs sur les mesures de surveillance secrète était effectif en pratique. À cet égard, la Cour prend acte également des documents soumis par le requérant montrant l'impossibilité pour les procureurs d'avoir accès au matériel classifié relatif à des interceptions (paragraphe 14 ci-dessus). Cet exemple suscite également des doutes quant à l'effectivité en pratique du contrôle exercé par les procureurs.

285. Eu égard aux défaillances susmentionnées et à l'importance particulière que revêt le contrôle dans un système où les services d'application des lois jouissent d'un accès direct à l'ensemble des communications, la Cour

estime que, tel qu'il est organisé à l'heure actuelle, le contrôle exercé par les procureurs sur les interceptions n'est pas à même d'offrir des garanties adéquates et effectives contre les abus.

η) Notification de l'interception de communications et recours disponibles

286. La Cour va à présent se pencher sur la question de la notification de l'interception de communications, qui est indissolublement liée à celle de l'effectivité des recours judiciaires (voir la jurisprudence citée au paragraphe 234 ci-dessus).

287. Il peut ne pas être possible en pratique d'exiger une notification *a posteriori* dans tous les cas. L'activité ou le danger qu'un ensemble de mesures de surveillance vise à combattre peut subsister pendant des années, voire des décennies, après la levée de ces mesures. Une notification *a posteriori* à chaque individu touché par une mesure désormais levée risquerait de compromettre le but à long terme qui motivait à l'origine la surveillance. En outre, pareille notification risquerait de contribuer à révéler les méthodes de travail des services de renseignement, leurs champs d'activité et même, le cas échéant, l'identité de leurs agents. Dès lors, l'absence de notification *a posteriori* aux personnes touchées par des mesures de surveillance secrète, dès la levée de celles-ci, ne saurait en soi justifier la conclusion que l'ingérence n'était pas « nécessaire dans une société démocratique », car c'est précisément cette absence d'information qui assure l'efficacité de la mesure constitutive de l'ingérence. Cependant, il est souhaitable d'aviser la personne concernée après la levée des mesures de surveillance dès que la notification peut être donnée sans compromettre le but de la restriction (*Klass et autres*, précité, § 58, et *Weber et Saravia*, décision précitée, § 135). Par ailleurs, la Cour prend acte de la recommandation du Comité des Ministres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, laquelle dispose que lorsque des données concernant une personne ont été collectées et enregistrées à son insu, elle doit, si les données ne sont pas détruites, être informée, si cela est possible, que des informations sont détenues sur son compte, et ce dès que l'objet des activités de police ne risque plus d'en pâtir (point 2.2, paragraphe 143 ci-dessus).

288. Dans les affaires *Klass et autres* et *Weber et Saravia*, la Cour s'est penchée sur la législation allemande, qui prévoyait que la surveillance soit notifiée dès que possible après sa levée sans que cela en compromette le but. La Cour a tenu compte du fait que c'était une autorité indépendante, la commission G 10, qui avait le pouvoir de décider si une personne faisant l'objet d'une surveillance devait être avisée de cette mesure. Elle a estimé que la disposition pertinente garantissait un système effectif de notification qui contribuait à maintenir l'atteinte au secret des télécommunications

dans les limites de ce qui était nécessaire pour atteindre les buts légitimes poursuivis (*Klass et autres*, précité, § 58, et *Weber et Saravia*, décision précitée, § 136). Dans les affaires *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev* et *Dumitru Popescu*, précitées, la Cour a jugé incompatible avec la Convention l'absence d'obligation de donner notification à un stade quelconque à la personne visée par l'interception, au motif que cette absence ôtait à l'intéressé toute possibilité de demander réparation d'une atteinte illégale à ses droits tirés de l'article 8, et rendait les recours offerts par le droit interne théoriques et illusoires et non concrets et effectifs. Elle a ainsi conclu que la législation nationale négligeait d'offrir une garantie importante contre l'utilisation indue de mesures spéciales de surveillance (*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, §§ 90-91, et *Dumitru Popescu*, précité, § 77). Dans l'affaire *Kennedy*, au contraire, elle a dit que l'absence d'obligation de donner notification à un stade quelconque à la personne visée par l'interception était compatible avec la Convention du fait qu'au Royaume-Uni toute personne soupçonnant que ses communications faisaient ou avaient fait l'objet d'interceptions pouvait saisir la commission des pouvoirs d'enquête puisque la compétence de celle-ci n'était pas subordonnée à une notification de l'interception (*Kennedy*, précité, § 167).

289. Pour en venir aux circonstances de l'espèce, la Cour observe qu'en Russie les personnes dont les communications ont été interceptées ne reçoivent à aucun moment ni en aucune circonstance notification de cette mesure. Il s'ensuit que, à moins qu'une procédure pénale ait été déclenchée contre le sujet de l'interception et que les données interceptées aient servi d'éléments de preuve, ou à moins d'une indiscretion, il est peu probable que la personne concernée apprenne un jour qu'il y a eu interception de ses communications.

290. La Cour prend acte du fait qu'une personne ayant appris d'une manière ou d'une autre que ses communications ont été interceptées peut demander des informations sur les données correspondantes (paragraphe 81 ci-dessus). À cet égard, il convient de noter que pour pouvoir former pareille demande la personne concernée doit avoir connaissance de faits touchant aux mesures opérationnelles d'investigation dont elle a été l'objet. L'accès aux informations est donc subordonné à la capacité de l'intéressé à prouver qu'il y a eu interception de ses communications. En outre, le sujet de l'interception n'a pas de droit d'accès aux documents relatifs à l'interception de ses communications; il peut, au mieux, recevoir « des informations » sur les données recueillies. Ces informations ne sont fournies que dans des cas très limités, à savoir lorsque la culpabilité de l'intéressé n'a pas été établie selon les voies légales, c'est-à-dire qu'il n'a pas été inculpé ou que les accusations ont

été abandonnées au motif que l'infraction alléguée n'avait pas été commise ou qu'un ou plusieurs éléments constitutifs d'une infraction pénale faisaient défaut. Il convient également de noter que seules des informations ne contenant pas de secrets d'État peuvent être divulguées à la personne visée par l'interception et qu'en droit russe les informations relatives aux installations utilisées pour la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation, aux méthodes employées, aux agents qui sont intervenus et aux données recueillies constituent un secret d'État (paragraphe 52 ci-dessus). Eu égard à ces particularités du droit russe, la possibilité d'obtenir des informations sur des interceptions apparaît inefficace.

291. Pour apprécier l'effectivité des voies de recours offertes par le droit russe, la Cour gardera à l'esprit les éléments ci-dessus, à savoir l'absence de notification et le défaut de possibilité effective de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions.

292. Selon le droit russe, une personne estimant que ses droits ont été ou sont violés par un agent de l'État à l'occasion de la mise en œuvre de mesures opérationnelles d'investigation peut adresser une plainte au supérieur hiérarchique de cet agent, à un procureur ou à un tribunal (paragraphe 83 ci-dessus). La Cour rappelle qu'un recours hiérarchique auprès d'un supérieur direct de l'autorité dont les actes sont contestés ne répond pas aux critères d'indépendance requis pour pouvoir constituer une protection suffisante contre l'abus de pouvoir (voir, pour un raisonnement similaire, *Khan c. Royaume-Uni*, n° 35394/97, §§ 45-47, CEDH 2000-V, *Dumitru Popescu*, précité, § 72, et *Avanesyan*, précité, § 32). Par ailleurs, un procureur manque d'indépendance et la portée de son contrôle est limitée, comme cela a été établi précédemment (paragraphe 277-285 ci-dessus). Il reste à déterminer si une plainte auprès d'un tribunal peut passer pour un recours effectif.

293. Une personne qui souhaite se plaindre de l'interception de ses communications dispose selon le Gouvernement de quatre types d'actions judiciaires: l'appel, le pourvoi en cassation ou la requête en supervision contre la décision judiciaire ayant autorisé l'interception des communications; la demande de contrôle juridictionnel fondée sur l'article 125 du CPP; la demande de contrôle juridictionnel basée sur la loi sur le contrôle juridictionnel et le chapitre 25 du CPC; l'action en responsabilité fondée sur l'article 1069 du code civil. La Cour examinera ces recours l'un après l'autre.

294. La première voie de droit évoquée par le Gouvernement est celle de l'appel, du pourvoi en cassation ou de la requête en supervision contre la décision judiciaire ayant autorisé l'interception de communications. Or la Cour constitutionnelle a indiqué clairement que la personne objet d'une interception de communications ne pouvait pas interjeter appel de l'autorisation judiciaire en question (paragraphe 40 ci-dessus; voir aussi *Avanesyan*,

précité, § 30). Par ailleurs, le droit interne ne dit rien de la possibilité de former un pourvoi en cassation. Le Gouvernement n'ayant pas fourni d'exemple de la pratique interne en matière d'examen de pourvois en cassation, la Cour a de sérieux doutes quant à l'existence d'un droit de former un tel pourvoi contre une décision judiciaire autorisant l'interception de communications. En revanche, il est manifestement loisible au sujet de l'interception de déposer une requête en supervision (paragraphe 43 ci-dessus). Encore faut-il, pour pouvoir attaquer par ce biais l'autorisation judiciaire d'intercepter ses communications, que l'intéressé connaisse l'existence d'une telle décision. Bien que la Cour constitutionnelle ait dit qu'il n'était pas nécessaire de joindre à la requête en supervision une copie de la décision judiciaire contestée (*ibidem*), on voit mal comment une personne pourrait former un tel recours sans disposer d'un minimum d'informations sur la décision qu'elle conteste, par exemple sa date d'adoption et la juridiction dont elle émane. Sachant que le droit russe ne prévoit pas la notification des mesures de surveillance, un particulier ne pourra quasiment jamais être en mesure d'obtenir ces informations; il ne le pourra que si elles sont révélées dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre lui ou si une indiscretion a abouti à leur divulgation.

295. En outre, seule une personne participant à une procédure pénale alors que l'instruction est en cours peut former une plainte fondée sur l'article 125 du CPP (paragraphe 88-89 ci-dessus). Ce recours n'est donc ouvert qu'à une personne ayant découvert dans le cadre de poursuites contre elle qu'il y avait eu interception de ses communications. Il ne peut pas être exercé par une personne contre laquelle aucune procédure pénale n'a été déclenchée après interception de ses communications et qui ignore si ses communications ont fait l'objet d'une telle mesure. Il est à noter également que le Gouvernement n'a présenté aucune décision judiciaire relative à l'examen d'une plainte fondée sur l'article 125 du CPP pour dénoncer l'interception de communications. Il n'a donc pas démontré, à l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence interne, l'effectivité concrète du recours évoqué par lui (voir, pour un raisonnement similaire, *Rotaru*, précité, § 70, et *Ananyev et autres*, précité, §§ 109-110).

296. Pour ce qui est de la demande de contrôle juridictionnel fondée sur la loi sur le contrôle juridictionnel, le chapitre 25 du CPC et le nouveau code de procédure administrative, et de l'action en responsabilité basée sur l'article 1069 du code civil, il convient de noter que c'est au demandeur de prouver que l'interception a eu lieu et qu'il y a eu à cette occasion violation de ses droits (paragraphe 85, 95-96 et 105 ci-dessus). En l'absence de notification ou d'une forme quelconque d'accès aux documents officiels concernant les interceptions, cette preuve est quasiment impossible à

apporter. Du reste, le requérant a en l'espèce été débouté de son action par les juridictions internes pour n'avoir pas démontré que ses communications téléphoniques avaient été interceptées (paragraphe 11 et 13 ci-dessus). La Cour relève que le Gouvernement a présenté diverses décisions judiciaires rendues sur le fondement du chapitre 25 du CPC ou de l'article 1069 du code civil (paragraphe 220-223 ci-dessus). Or toutes ces décisions, sauf une, portent sur des perquisitions ou des saisies de documents ou d'objets, c'est-à-dire des mesures opérationnelles d'investigation effectuées au su de la personne concernée. Seule l'une de ces décisions a trait à l'interception de communications: dans l'affaire en question, la personne visée avait pu apporter la preuve voulue parce qu'elle avait eu connaissance de la mesure d'interception au cours de la procédure pénale dirigée contre elle.

297. La Cour prend note également de l'argument du Gouvernement selon lequel le droit russe comporte des voies de droit pénal permettant de se plaindre d'un abus de pouvoir, de la collecte ou de la diffusion non autorisées d'informations sur la vie privée et familiale d'une personne, ou d'une atteinte au droit du citoyen au respect du caractère privé de ses communications. Pour les raisons exposées dans les paragraphes qui précèdent, ces recours sont également ouverts uniquement aux personnes qui sont à même de soumettre aux services de poursuite au moins quelques informations factuelles sur l'interception de leurs communications (paragraphe 24 ci-dessus).

298. La Cour déduit de ce qui précède que les recours évoqués par le Gouvernement sont ouverts uniquement aux personnes qui disposent d'informations relatives à l'interception de leurs communications. L'effectivité de ces recours est donc compromise par l'absence d'obligation de donner notification à un stade quelconque à la personne visée par l'interception, et par l'inexistence d'une possibilité satisfaisante de demander et d'obtenir auprès des autorités des informations sur les interceptions. La Cour estime en conséquence que le droit russe n'offre pas de recours judiciaire effectif contre les mesures de surveillance secrète dans les cas où une procédure pénale n'a pas été engagée contre le sujet de l'interception. Il ne lui appartient pas en l'espèce de déterminer si les recours en question peuvent être effectifs dans la situation où un particulier apprend lors d'une procédure pénale dirigée contre lui qu'il y a eu interception de ses communications (voir, cependant, *Avanesyan*, précité, affaire dans laquelle certains de ces recours ont été jugés inefficaces alors qu'il s'agissait pour le requérant de se plaindre de l'« inspection » de son appartement).

299. Concernant pour finir les recours judiciaires permettant de se plaindre d'une insuffisance des garanties prévues en droit russe contre les abus, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel ces recours sont effectifs (paragraphe 156 et 225 ci-dessus).

S'agissant de la possibilité de mettre en cause la LMOI devant la Cour constitutionnelle, la Cour observe que la haute juridiction a maintes fois examiné la constitutionnalité de cette loi, qu'elle a jugée compatible avec la Constitution (paragraphe 40-43, 50, 82 et 85-87 ci-dessus). Dans ces conditions, la Cour estime peu probable qu'une plainte du requérant auprès de la Cour constitutionnelle soulevant des points identiques à ceux déjà examinés par elle aurait des chances d'aboutir. Elle n'est pas convaincue non plus qu'une mise en cause de l'arrêt n° 70 devant la Cour suprême ou les juridictions inférieures constituerait un recours effectif. En effet, le requérant a bien attaqué l'arrêt n° 70 dans le cadre de la procédure interne; or, tant le tribunal de district que le tribunal de Saint-Petersbourg ont conclu que l'intéressé n'avait pas qualité pour contester cet arrêt, au motif que le dispositif installé en application de ce texte ne portait pas en soi atteinte au caractère privé de ses communications (paragraphe 10-11 et 13 ci-dessus). Il est à noter également que la Cour suprême a estimé que l'arrêt n° 70 avait un caractère technique et non juridique (paragraphe 128 ci-dessus).

300. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour conclut que le droit russe n'offre pas de recours effectif à une personne qui pense avoir fait l'objet d'une surveillance secrète. En privant la personne visée par l'interception de la possibilité effective de contester rétrospectivement des mesures d'interception, le droit russe néglige d'offrir une importante garantie contre l'utilisation indue de mesures de surveillance secrète.

301. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Cour rejette également l'exception de non-épuisement des voies de recours internes formulée par le Gouvernement.

θ) Conclusion

302. La Cour conclut que les dispositions du droit russe régissant l'interception de communications ne comportent pas de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et le risque d'abus inhérent à tout système de surveillance secrète, risque qui est particulièrement élevé dans un système où les services secrets et la police jouissent grâce à des moyens techniques d'un accès direct à l'ensemble des communications de téléphonie mobile. Plus particulièrement, les circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics sont habilités à recourir à des mesures de surveillance secrète ne sont pas définies de façon suffisamment claire. Les dispositions sur la levée des mesures de surveillance secrète ne fournissent pas de garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires. Le droit interne autorise la conservation automatique de données manifestement dénuées de pertinence et manque de clarté quant aux circonstances dans lesquelles les éléments interceptés doivent être conservés ou détruits après le procès. Les procédures d'autorisation ne sont

pas à même de garantir que les mesures de surveillance secrète ne soient ordonnées que lorsque cela est « nécessaire dans une société démocratique ». Le contrôle des interceptions tel qu'il est organisé à l'heure actuelle ne satisfait pas aux exigences relatives à l'indépendance, à l'existence de pouvoirs et attributions suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent, au droit de regard du public et à l'effectivité en pratique. L'effectivité des recours est compromise par l'absence de notification des interceptions à un stade quelconque, ou d'un accès approprié aux documents relatifs aux interceptions.

303. Il est important d'observer que les défaillances du cadre juridique relevées ci-dessus paraissent avoir un impact sur la mise en œuvre concrète du système de surveillance secrète en place en Russie. La Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle toutes les interceptions qui sont opérées en Russie le sont en toute légalité et en vertu d'une autorisation judiciaire en bonne et due forme. Les exemples présentés par le requérant lors de la procédure interne (paragraphe 12 ci-dessus) et de la procédure menée devant la Cour (paragraphe 197 ci-dessus) indiquent l'existence de pratiques de surveillance arbitraires et abusives, lesquelles paraissent dues à l'insuffisance des garanties offertes par la loi (voir, pour un raisonnement similaire, *Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjiev*, précité, § 92 ; voir aussi, *a contrario*, *Klass et autres*, précité, § 59, et *Kennedy*, précité, §§ 168-169).

304. Eu égard aux défaillances relevées ci-dessus, la Cour juge que le droit russe ne satisfait pas à l'exigence relative à la « qualité de la loi » et n'est pas à même de limiter l'« ingérence » à ce qui est « nécessaire dans une société démocratique ».

305. Dès lors, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

306. Le requérant se plaint de ne pas disposer d'un recours effectif qui lui permettrait de faire valoir son grief fondé sur l'article 8. Il invoque l'article 13 de la Convention, ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

307. Compte tenu de la conclusion à laquelle elle est parvenue au sujet de l'article 8 de la Convention (paragraphe 286-300 ci-dessus), la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 13,

bien qu'il soit étroitement lié à celui fondé sur l'article 8 et doit donc être déclaré recevable (*Liberty et autres*, précité, § 73).

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

308. 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

309. Le requérant demande 9 000 euros (EUR) pour préjudice moral.

310. Le Gouvernement estime cette demande excessive dès lors que, selon lui, le requérant a contesté le droit russe *in abstracto*, sans être aucunement touché par celui-ci à titre personnel. À son avis, le constat d'une violation fournirait donc une satisfaction équitable suffisante.

311. La Cour rappelle que, dans le cadre de l'exécution d'un arrêt en application de l'article 46 de la Convention, un arrêt constatant une violation de la Convention ou de ses Protocoles entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer dans la mesure du possible les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci. En outre, en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci (*Association pour l'intégration européenne et les droits de l'homme et Ekimdjev*, précité, § 111, avec d'autres références).

312. La Cour considère que le constat de violation représente une satisfaction équitable suffisante pour tout préjudice moral causé au requérant.

B. Frais et dépens

313. Devant la chambre, le requérant a demandé 26 579 roubles russes (RUB) (environ 670 EUR à la date du dépôt de la demande) pour frais de poste et de traduction. À l'appui il a fourni des factures relatives à des services de poste et de télécopie ainsi qu'un contrat de traduction.

314. Devant la Grande Chambre, l'intéressé réclame 22 800 livres sterling (GBP) (environ 29 000 EUR à la date du dépôt de la demande) et 13 800 EUR au titre des honoraires d'avocats. Il se fonde sur des relevés

d'heures de travail de ses avocats. Se référant à des factures, il demande également 6 833,24 GBP (environ 8 700 EUR à la date du dépôt de la demande) en remboursement de frais de traduction et de voyage ainsi que d'autres frais administratifs.

315. Le Gouvernement accepte la demande relative aux frais et dépens présentée devant la chambre dès lors qu'elle est étayée par des justificatifs. Concernant les prétentions pour frais et dépens soumises à la Grande Chambre, il avance qu'elles ont été présentées plus de un mois après l'audience. Pour ce qui est des honoraires d'avocats, une partie de ceux-ci recouvreraient le travail effectué par les représentants avant signature par le requérant d'un formulaire de pouvoir et il n'y aurait aucun pouvoir établi au nom de M^{me} Levine. En outre, le nombre de représentants et le nombre d'heures consacrées par eux à la préparation du dossier seraient excessifs. Du reste, rien ne prouverait que le requérant ait payé ou soit tenu de payer les honoraires en question en vertu d'une obligation légale ou contractuelle. Quant aux frais de traduction et autres frais administratifs, le Gouvernement soutient que le requérant n'a soumis aucun document montrant qu'il aurait versé les montants indiqués. Il n'aurait pas non plus établi la nécessité des frais de traduction, certains de ses avocats parlant russe d'après le Gouvernement. Enfin, les tarifs demandés par les traducteurs seraient exagérés, de même que les frais de voyage.

316. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l'espèce, compte tenu des pièces en sa possession et des critères ci-dessus, la Cour juge raisonnable d'accorder au requérant la somme de 40 000 EUR, tous frais confondus, plus tout montant pouvant être dû par lui à titre d'impôt.

C. Intérêts moratoires

317. 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

1. *Joint au fond*, à l'unanimité, les exceptions préliminaires de défaut de qualité de victime et de non-épuisement des voies de recours internes formulées par le Gouvernement, et *déclare* la requête recevable;

2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention, et *rejette* les exceptions du Gouvernement susmentionnées ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 13 de la Convention ;
4. *Dit*, par seize voix contre une, que le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par le requérant ;
5. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, 40 000 EUR (quarante mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
6. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 décembre 2015.

Lawrence Early
Jurisconsulte

Dean Spielmann
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 Dedov ;
- opinion en partie dissidente de la juge Ziemele.

D.S.
T.L.E.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE DEDOV

(Traduction)

1. Compétence de la Cour pour examiner le droit interne *in abstracto*

Comme le souligne le Gouvernement, il peut y avoir des doutes quant à la compétence de la Cour pour examiner la qualité et l'effectivité du droit interne *in abstracto* sans qu'ait été établie la qualité de victime du requérant ni vérifiée l'existence d'une atteinte à son droit au respect de sa vie privée en pratique, et non pas simplement en théorie.

La Cour a déjà suivi cette approche dans des affaires d'interception, en vue de la prévention d'éventuels abus de pouvoir. Dans deux affaires importantes, *Kennedy c. Royaume-Uni* (n° 26839/05, §§ 122-123, 18 mai 2010) et *Klass et autres c. Allemagne* (6 septembre 1978, § 34, série A n° 28), qui étaient dirigées contre deux grands États démocratiques – le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne –, la Cour a confirmé l'effectivité des systèmes nationaux en cause pour lutter contre l'arbitraire. Cependant, et c'est regrettable, nous ne pouvons ignorer le fait que ces deux États ont été touchés récemment par des scandales retentissants liés à la surveillance : dans un cas, les conversations de téléphonie mobile de la chancière fédérale allemande avaient été interceptées illégalement par les services secrets nationaux ; dans l'autre, les autorités du Royaume-Uni avaient fourni aux services secrets américains des informations et accès relatifs à toute la base de données des communications du premier État, permettant ainsi aux autorités américaines d'intercepter les communications de tout citoyen britannique sans être soumis à aucune garantie interne adéquate.

Cela montre que, dès le départ, quelque chose était vicié dans l'approche de la Cour. Peut-être serait-il plus efficace de traiter les requêtes au cas par cas, de sorte que la Cour ait la possibilité d'établir l'existence d'une ingérence et de conclure – comme elle le fait régulièrement au sujet de fouilles injustifiées dans les locaux de requérants – à la violation de la Convention. De manière générale, le problème dans ces affaires ne concerne pas les pouvoirs des juridictions internes en matière d'autorisation, mais la façon dont les juges autorisent les fouilles à des fins d'enquête.

L'approche de la Cour peut facilement glisser de l'application effective de la loi à l'ingérence potentielle. En témoignent l'affaire *Kennedy* :

« 119. Selon la jurisprudence constante de la Cour, celle-ci n'a pas pour tâche d'examiner *in abstracto* la législation et la pratique pertinentes, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant ou l'ont touché a enfreint la Convention (voir, entre autres, *Klass et autres*, précité, § 33 ; *N.C. c. Italie* [GC],

n° 24952/94, § 56, CEDH 2002-X; et *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche* (n° 4), n° 72331/01, § 26, 9 novembre 2006)»;

et l'affaire *Klass et autres*:

«36. (...) La Cour ne saurait admettre que l'assurance de bénéficier d'un droit garanti par la Convention puisse être ainsi supprimée du simple fait de maintenir l'intéressé dans l'ignorance de sa violation. Un droit de recours à la Commission pour les personnes potentiellement touchées par une surveillance secrète découle de l'article 25, faute de quoi l'article 8 risquerait de perdre toute portée.»

Les scandales allemand et anglais évoqués ci-dessus confirment cependant que tôt ou tard la personne concernée découvre l'interception. On trouve des exemples en ce sens dans le contexte russe (*Shimovolos c. Russie*, n° 30194/09, 21 juin 2011). Le requérant dans la présente affaire n'a pas connaissance d'une quelconque interception de ses communications, et c'est là un fait que la Cour ne saurait ignorer.

La Cour a maintes fois évité d'examiner des affaires *in abstracto* (*Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, § 79, série A n° 61, *Nikolova c. Bulgarie* [GC], n° 31195/96, § 60, CEDH 1999-II, *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], n° 13279/05, §§ 68-70, 20 octobre 2011, *Sabanchiyeva et autres c. Russie*, n° 38450/05, § 137, CEDH 2013, et *Monnat c. Suisse*, n° 73604/01, §§ 31-32, CEDH 2006-X). On peut donc présumer que les affaires d'interception sont singulières. Il nous faut alors connaître les raisons pour lesquelles la Cour devrait changer d'approche générale dans l'examen de telles affaires. Nous n'avons cependant aucune idée de ce que peuvent être ces raisons. Si la législation crée un risque d'arbitraire, alors il nous faut voir le résultat de cet arbitraire. Je ne suis pas sûr que quelques exemples (sans rapport avec la cause du requérant) suffisent à établir que l'ensemble du système de garanties doit être révisé et renforcé. J'accepterais pareille approche si la Cour avait un énorme arriéré de requêtes individuelles répétitives montrant que l'arrêté n° 70 (sur la connexion d'un dispositif d'interception aux réseaux d'opérateurs) n'est pas à caractère technique mais qu'il crée un problème structurel en Russie. Si tel était le cas, nous aurions toutefois besoin d'une procédure et d'un arrêt pilotes.

Toutes les affaires où la Cour a formulé un constat de violation (plus de 15 000 arrêts) reposent sur l'abus de pouvoir, même lorsque la législation interne est de bonne qualité. Tout abus de pouvoir est une question d'éthique, et on ne peut l'éliminer au moyen des seules mesures législatives.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, celle-ci n'a pas pour tâche d'examiner dans l'abstrait la législation et la pratique internes ou d'exprimer un point de vue sur la compatibilité des dispositions législatives avec la Convention, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant ou l'ont touché a donné lieu à une violation de la Convention

(voir, notamment, dans le contexte de l'article 14, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, n° 40825/98, § 90, 31 juillet 2008).

L'article 34 de la Convention n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* pour l'interprétation de la Convention ; il ne les autorise pas à se plaindre *in abstracto* d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention. En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention ; elle doit avoir été appliquée à son détriment (*Klass et autres*, précité, § 33). Ces principes ne devraient pas être appliqués de façon arbitraire.

2. Organe parlementaire et organe judiciaire : la Cour doit respecter les différences

Cette affaire est très importante du point de vue de la séparation des fonctions entre la Cour et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; il faut en effet séparer les pouvoirs de l'organe parlementaire et de l'organe judiciaire. L'Assemblée parlementaire adopte des recommandations, des résolutions et des avis qui font office de lignes directrices pour le Comité des Ministres, les gouvernements nationaux, les parlements et les partis politiques. En définitive, par le biais des conventions, de la législation et de la pratique, le Conseil de l'Europe agit en faveur des droits de l'homme, de la démocratie et de la prééminence du droit. Il suit les progrès des États membres dans ces domaines et formule des recommandations par l'intermédiaire d'organes de surveillance spécialisés et indépendants. La Cour européenne des droits de l'homme statue sur les requêtes individuelles ou étatiques dans lesquelles on allègue la violation de droits civils et politiques consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. Compte tenu de cette séparation des fonctions, l'examen d'une affaire *in abstracto* s'apparente à une expertise et non à un arrêt.

Morten Kjaerum, directeur de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'est exprimé comme suit lors d'un débat conjoint sur les droits fondamentaux qui a eu lieu le 4 septembre 2014 au sein de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (traduction du greffe) :

« Les révélations de Snowden sur la surveillance de masse ont mis en exergue le fait que la protection des données personnelles se trouve menacée. La protection du droit à la vie privée est loin d'être suffisante si l'on examine l'ensemble de l'Europe aujourd'hui. À la suite des débats de l'année dernière, nous accueillons de manière très favorable la demande du Parlement européen adressée à l'Agence des droits fondamentaux afin que celle-ci continue à se pencher sur les droits fondamentaux et les garanties en place dans le cadre des vastes programmes de surveillance. Bien sûr vous serez informés, probablement vers la fin de l'année, des conclusions de cette demande particulière.

Mais il ne s'agit pas uniquement des grands programmes de surveillance. Il y a aussi une suspicion à l'égard des mécanismes de surveillance dans le domaine de la protection générale des données. [En effet,] nous confions des données aux services de santé, à l'administration fiscale ou à d'autres organes, publics ou privés. Les travaux de l'Agence des droits fondamentaux montrent qu'à l'heure actuelle les structures nationales de surveillance au sein de l'Union européenne sont trop faibles pour remplir leur mission. Les autorités chargées de la protection des données qui sont en place dans chaque État membre ont un rôle important à jouer dans la mise en œuvre du système global de protection des données, mais il faut d'urgence renforcer les pouvoirs et ressources des autorités nationales de protection des données, et également garantir l'indépendance de ces autorités.

Enfin, je tiens à souligner que les entités chargées de la conservation des données – publiques ou privées –, les institutions, doivent être tenues de rendre des comptes, et ce de manière bien plus forte que ce que nous voyons aujourd'hui, si les garanties qu'elles créent ne sont pas suffisantes.»

Ces remarques s'adressaient aux membres nouvellement élus du Parlement européen (et non aux juges) et soulevaient des questions qui préoccupent toute l'Europe et exigent un système de protection des données plus sophistiqué. L'objet du discours était de lancer un débat public en vue de définir des mesures effectives et d'œuvrer en faveur de véritables normes éthiques pour la société; or une enceinte judiciaire n'est pas un lieu adéquat pour un tel débat.

J'ai tendance à penser que la Cour ferait mieux de se concentrer sur telle ou telle ingérence et sur l'effectivité de la mesure en place afin de prévenir la violation en question (comme elle le fait d'habitude dans toute autre catégorie d'affaires). La tâche essentielle de la Cour est d'établir qu'une ingérence s'est produite puis de rechercher si cette ingérence était prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique. Sur le plan éthique, il est inacceptable que des juges, sans connaître les faits, présument que tout citoyen d'un pays donné pourrait être soumis à une surveillance secrète illégale. Un arrêt ne saurait être bâti sur des allégations.

La Cour a utilisé de nombreux outils pour combattre les violations. L'un d'eux a consisté à conclure à la violation de l'article 10 en raison du refus d'un service de renseignement de fournir à l'organisation requérante des informations sur des personnes placées sous surveillance électronique pendant une période donnée (*Youth Initiative for Human Rights c. Serbie*, n° 48135/06, 25 juin 2013). Dans le dispositif de l'arrêt en question, la Cour a invité le Gouvernement à veiller à ce que les informations réclamées fussent mises à la disposition de l'organisation requérante (sans attendre que des mesures fussent proposées par le Comité des Ministres). Je vois dans cette démarche une mesure effective en même temps qu'une réussite judiciaire.

3. L'approche de la « probabilité raisonnable » doit être développée

Établir la qualité de victime du requérant fait partie intégrante du processus judiciaire. L'article 34 de la Convention dispose que « [l]a Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles ». La notion de « victime » n'implique pas l'existence d'un préjudice (*Brumărescu c. Roumanie* [GC], n° 28342/95, § 50, CEDH 1999-VII).

La Cour a déjà jugé que, si l'existence d'un régime de surveillance peut porter atteinte à la vie privée, une plainte selon laquelle cela a engendré la violation de droits ne peut être portée en justice que s'il y a une « probabilité raisonnable » qu'une personne a effectivement fait l'objet d'une surveillance illégale (*Esbester c. Royaume-Uni*, n° 18601/91, décision de la Commission du 2 avril 1993, non publiée, *Redgrave c. Royaume-Uni*, n° 20271/92, décision de la Commission du 1^{er} septembre 1993, non publiée, et *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 28576/95, décision de la Commission du 16 octobre 1996, non publiée). Ces références concernent des décisions déclarées irrecevables, toutes les allégations d'interception ayant été jugées manifestement dénuées de fondement.

Toutefois, la Cour a totalement modifié son approche dans l'affaire *Kennedy* : « l'on ne peut exclure que des mesures de surveillance secrète (...) ont été appliquées [au requérant] ou qu'il courait (...) le risque de subir pareilles mesures » (*Kennedy*, précité, §§ 125-129). Nous voyons aujourd'hui que ce changement dans la jurisprudence n'a pas été effectif.

La formule « probabilité raisonnable » implique l'existence de conséquences négatives pour un requérant qui est potentiellement exposé à une surveillance secrète, en raison de certaines informations qui sont mises à la disposition des autorités par le biais de l'interception, et exclut la possibilité que ces informations puissent être découvertes par d'autres moyens. La Cour a rendu cette approche dangereusement simple pour examiner ces affaires au fond, présument que, puisque des personnes soumises à une surveillance secrète des autorités ne sont pas toujours informées par la suite de ces mesures prises à leur égard, il est donc impossible pour les requérants de montrer qu'il y a eu atteinte à l'un quelconque de leurs droits. La Cour a dès lors conclu qu'il fallait considérer que les requérants étaient en droit d'introduire une requête même s'ils ne pouvaient établir leur qualité de victime. Les requérants dans les affaires *Klass et autres* et *Liberty et autres c. Royaume-Uni* (n° 58243/00, 1^{er} juillet 2008) étaient avocats et il n'était pas exclu qu'ils eussent fait « l'objet d'une surveillance secrète à raison des contacts qu'ils

[pouvaient] avoir avec des clients soupçonnés d'activités [illégal]es] » (*Klass et autres*, précité, § 27).

Dans l'affaire *Kennedy*, le requérant alléguait la non-réception d'appels locaux et la réception d'appels qui ne lui étaient pas destinés et qui lui faisaient perdre du temps. D'après l'intéressé, ces dysfonctionnements étaient dus à des interceptions de sa correspondance ainsi que de ses communications téléphoniques et électroniques; la Cour a pris cela au sérieux, rejetant les objections du Gouvernement selon lesquelles le requérant n'avait pas démontré qu'il y avait eu ingérence au sens de l'article 8, ni établi l'existence d'une probabilité raisonnable. La Cour a également rejeté les arguments relatifs au non-épuisement des voies de recours internes, en dépit du fait que le requérant n'avait pas vérifié auprès de son opérateur la qualité des services de télécommunication mais avait adressé au MI5 et au GCHQ – les services de renseignement britanniques chargés de la sûreté nationale – une demande de communication de ses données personnelles fondée sur la loi de 1998 sur la protection des données.

Pour en revenir aux circonstances de l'espèce, on peut raisonnablement conclure que l'interconnexion entre les équipements de télécommunication et le dispositif d'interception ne signifie pas nécessairement qu'il y a réellement eu interception des conversations téléphoniques du requérant. La Cour ne peut pas non plus fonder ses conclusions sur la présomption de « l'éventualité de l'action irrégulière d'un fonctionnaire malhonnête, négligent ou trop zélé » (*Klass et autres*, §§ 49-50 et 59, *Weber et Saravia c. Allemagne* (déc.), n° 54934/00, § 106, CEDH 2006-XI, et *Kennedy*, précité, §§ 153-154). De même, elle ne peut pas présumer de façon générale (pour examiner l'affaire *in abstracto*) l'existence d'une violence étatique visant les mouvements d'opposition et d'autres institutions démocratiques de l'État défendeur, même si l'Assemblée parlementaire a adopté des résolutions à ce sujet. La Cour doit rester impartiale et neutre.

4. Le rôle du pouvoir judiciaire dans la société civile

J'ai néanmoins voté en faveur de la recevabilité et du constat de violation de l'article 8 de la Convention, parce que l'importance fondamentale des garanties protégeant les communications privées contre la surveillance arbitraire, en particulier dans un contexte non pénal, n'a jamais été prise en compte dans la procédure interne. Les tribunaux russes ont refusé d'examiner au fond les allégations du requérant, évoquant à tort le caractère technique des arrêtés ministériels litigieux. En ma qualité de juge national, je ne puis ignorer qu'il existe au sein de la société russe des soupçons généralisés selon lesquels une surveillance s'exerce sur les personnalités politiques et économiques, notamment les défenseurs des droits de l'homme, les militants et

responsables de l'opposition, les journalistes, les fonctionnaires, les gestionnaires de biens de l'État – autrement dit tous ceux qui interviennent dans les affaires publiques. Ces soupçons découlent de l'expérience du régime totalitaire de l'ère soviétique, et même de la longue histoire de l'empire russe.

Cet arrêt pourrait servir de base à une amélioration de la législation en matière de mesures opérationnelles d'investigation et à l'établissement d'un système effectif de contrôle public sur la surveillance. En outre, cet arrêt montre que s'il existe des soupçons généralisés dans la société, et s'il n'y a aucune autre possibilité pour celle-ci de lever ces soupçons en l'absence d'un contrat social et de changements adéquats dans la législation et la pratique nationales, alors, si le problème n'est pas décelé par les autres branches du pouvoir, c'est le pouvoir judiciaire qui doit être actif pour faciliter ces changements. C'est d'autant plus évident qu'il n'y a pas d'autres moyens disponibles pour protéger la démocratie et la prééminence du droit. C'est là un rôle important que le pouvoir judiciaire se doit de jouer dans la société civile.

Il se peut que la Cour soit critiquée pour n'avoir pas fourni de raisons plus précises à l'appui de son examen *in abstracto* dans le contexte social, et que d'aucuns fassent observer qu'elle s'est bornée à suivre la jurisprudence de ses chambres. L'arrêt rendu en l'espèce est cependant un arrêt délicat, car avant de parvenir à leur conclusion les juges ont dû prendre soin d'établir si tous les autres moyens étaient ou non inutiles. À l'inverse, dans l'affaire *Clapper v. Amnesty International USA* (568 US 398 (2013)), la Cour suprême des États-Unis d'Amérique s'est abstenue de faire un pas en avant, malgré l'existence d'un programme de surveillance de masse et les « soupçons généralisés » à ce sujet (ou, pour reprendre les termes employés par le juge Breyer dans son opinion dissidente : « [le préjudice] est aussi susceptible de se produire que la plupart des événements futurs que nous prédisent les conclusions dérivées du bon sens et la connaissance ordinaire de la nature humaine »). La juridiction suprême a préféré juger insuffisant l'argument des auteurs du recours (des organisations œuvrant dans le domaine des droits de l'homme et du droit, ainsi que des médias), argument selon lequel ils risquaient de faire l'objet d'une surveillance en raison de la nature de leur travail.

Je m'arrêterai là, pour laisser aux universitaires les discussions sur l'agressivité, l'activisme ou la modération judiciaire. J'aimerais simplement conclure mon opinion en citant Edward Snowden : « Avec chaque victoire judiciaire, chaque modification du droit, nous démontrons que les faits sont plus convaincants que la peur. En tant que société, nous redécouvrons que la valeur du droit n'est pas dans ce qu'il cache, mais dans ce qu'il protège. »

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE LA JUGE ZIEMELE

(Traduction)

1. Je souscris pleinement au constat de violation formulé dans cette affaire. La Cour rend ici un arrêt fort important sur une question de principe, la surveillance secrète qui s'exerce comme décrit dans les faits de l'espèce étant, par son essence même, incompatible avec l'état de droit et les principes de la démocratie.

2. Eu égard précisément à ce contexte, je ne puis approuver la décision de la Cour de ne pas allouer de somme au titre du préjudice moral subi. À mes yeux, la demande de réparation du requérant était très raisonnable (paragraphe 309 du présent arrêt) et un constat de violation, quoique très important par principe dans cette affaire, ne représente pas une satisfaction appropriée pour la situation spécifique du requérant. C'est pourquoi j'ai voté contre le point 4 du dispositif de l'arrêt.

SCHATSCHASCHWILI v. GERMANY
(Application no. 9154/10)

GRAND CHAMBER

JUDGMENT OF 15 DECEMBER 2015¹

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

SUMMARY¹**Inability to examine absent witnesses, whose testimonies carried considerable weight in applicant's conviction**

The judgment clarifies the *Al-Khawaja and Tahery* test for determining the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of the admission of the testimony of absent witnesses:

- (a) the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a criminal trial but is a very important factor to consider when assessing its overall fairness (see paragraph 113 of the judgment);
- (b) the existence of sufficient counterbalancing factors must also be reviewed when it is unclear whether the evidence given by an absent witness was the sole or decisive basis for conviction if such evidence carries significant weight and its admission may have handicapped the defence (see paragraph 116 of the judgment);
- (c) although, as a rule, it will be pertinent to examine the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test in the order defined in that judgment, it may be appropriate to examine them in a different order in particular, if one of the steps proves to be particularly conclusive as to the fairness or unfairness of the proceedings (see paragraph 118 of the judgment).

Article 6 §§ 1 and 3 (d)

Right to a fair trial – Criminal proceedings – Fair hearing – Examination of witnesses – Inability to examine absent witnesses, whose testimonies carried considerable weight in applicant's conviction – Good reason for non-attendance of witnesses at trial – Evidence of absent witnesses decisive for applicant's conviction – Possibility of appointing lawyer to attend witness hearing before investigating judge – Counterbalancing measures insufficient to permit fair and proper assessment of reliability of untested evidence – Trial as a whole unfair

*

* *

Facts

The applicant was convicted of aggravated robbery in conjunction with aggravated extortion and sentenced to nine and a half years' imprisonment. As regards one of the offences, the trial court relied in particular on witness statements made by the two victims of the crime to the police at the pre-trial stage. The statements were

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

read out at the trial as the two witnesses had gone back to Latvia and refused to testify, as they continued to be traumatised by the crime.

Law

Article 6 §§ 1 and 3 (d): In order to assess whether the overall fairness of the applicant's trial had been impaired by the use of the statements previously made by witnesses who did not attend the trial, the Court applied and further clarified the test laid down in its Grand Chamber judgment in *Al-Khawaja and Tabery v. the United Kingdom* ([GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011). In particular, while it was clear that each of the three steps of the test had to be examined if the questions in steps one (whether there was a good reason for the non-attendance of the witness) and two (whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction) were answered in the affirmative, it remained uncertain whether all three steps of the test had to be examined in cases in which either the question in step one or that in step two was answered in the negative, as well as in what order the steps were to be examined. The Court considered as follows.

(i) The absence of good reason for the non-attendance of a witness, while it could not of itself be conclusive of the unfairness of a trial, was nevertheless a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which could tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d).

(ii) The existence of sufficient counterbalancing factors had to be reviewed not only in cases in which the evidence given by an absent witness had been the sole or the decisive basis for the conviction, but also in those cases where it had carried significant weight and its admission could have handicapped the defence. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness.

(iii) It would, as a rule, be pertinent to examine the three steps of the *Al-Khawaja* test in the order defined in that judgment. However, all three steps were interrelated and, taken together, served to establish whether the criminal proceedings in issue had, as a whole, been fair. It could therefore be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proved to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings. The Court went on to apply the *Al-Khawaja and Tabery* test to the facts of the applicant's case:

(a) *Whether there was good reason for the non-attendance of the witnesses at the trial* – The Court noted at the outset that the trial court had considered that the witnesses had not sufficiently substantiated their refusal to testify and had not accepted their state of health or fear as justification for their absence at the trial. After contacting the witnesses individually and proposing different solutions, the trial court had also

repeatedly asked the Latvian courts to either have the witnesses' state of health and ability to testify examined by a public medical officer or to compel them to attend the hearing in Latvia. Since these efforts proved futile, the trial court had admitted the records of the witnesses' examination at the investigation stage as evidence in the proceedings. Thus, the witnesses' absence was not imputable to the trial court. Accordingly, there had been good reason, from the trial court's perspective, for the non-attendance of the witnesses at the trial and for admitting the statements they had made at the pre-trial stage in evidence.

(b) *Whether the evidence of the absent witnesses was the sole or decisive basis for the applicant's conviction* – The domestic courts did not clearly indicate whether they considered the witness statements in question as “decisive” evidence, that is, as being of such significance as to be likely to be determinative of the outcome of the case. After assessing all the evidence that had been before the domestic courts, the Court noted that the two victims of the crime were the only eyewitnesses to the offence in question. The only other available evidence was either hearsay or merely circumstantial technical and other evidence that was not conclusive. In these circumstances, the evidence of the absent witnesses had been “decisive”, that is, determinative of the applicant's conviction.

(c) *Whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured* – In its reasoning, the trial court had made it clear that it was aware of the reduced evidentiary value of the untested witness statements. It had compared the content of the statements made by the victims at the investigation stage and found that they had given detailed and coherent descriptions of the circumstances of the offence. It had further observed that the witnesses' inability to identify the applicant showed that they had not testified with a view to incriminating him. Moreover, in assessing the witnesses' credibility, the trial court had also addressed different aspects of their conduct in relation to their statements. The trial court had therefore examined the credibility of the absent witnesses and the reliability of their statements in a careful manner.

Furthermore, it had had before it additional incriminating hearsay and circumstantial evidence supporting the witness statements. In addition, during the trial the applicant had had the opportunity to give his own version of the events and also to cast doubt on the credibility of the witnesses by cross-examining the witnesses who had given hearsay evidence. However, he had not had the possibility of questioning the two victims indirectly or at the investigation stage.

In fact, even though the prosecution authorities could have appointed a lawyer to attend the witness hearing before the investigating judge, these procedural safeguards were not used in the applicant's case. In this connection, the Court agreed with the applicant that the witnesses were heard by the investigating judge because, in view of their imminent return to Latvia, the prosecution authorities considered that there was a danger of their evidence being lost. In this context,

and bearing in mind that under domestic law the written records of a witness's previous examination by an investigating judge could be read out at the trial under less strict conditions than the records of a witness examination by the police, the authorities had taken the foreseeable risk, which subsequently materialised, that neither the accused nor his counsel would be able to question them at any stage of the proceedings.

In view of the importance of the statements of the only eyewitnesses to the offence of which the applicant was convicted, the counterbalancing measures taken by the domestic court had been insufficient to permit a fair and proper assessment of the reliability of the untested evidence. Therefore, the absence of an opportunity for the applicant to examine or have examined the two witnesses at any stage of the proceedings had rendered the trial as a whole unfair.

Conclusion: violation (nine votes to eight).

Article 41: claim in respect of non-pecuniary damage dismissed.

Case-law cited by the Court

- A.G. v. Sweden* (dec.), no. 315/09, 10 January 2012
Aigner v. Austria, no. 28328/03, 10 May 2012
Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC],
 nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011
Asadbeyli and Others v. Azerbaijan, nos. 3653/05 and 5 others, 11 December 2012
Beggs v. the United Kingdom (dec.), no. 15499/10, 16 October 2012
Bobęs v. Romania, no. 29752/05, 9 July 2013
Brzuszczyński v. Poland, no. 23789/09, 17 September 2013
Cevat Soysal v. Turkey, no. 17362/03, 23 September 2014
Chmura v. Poland, no. 18475/05, 3 April 2012
D.T. v. the Netherlands (dec.), no. 25307/10, 2 April 2013
Damir Sibgatullin v. Russia, no. 1413/05, 24 April 2012
Fafrowicz v. Poland, no. 43609/07, 17 April 2012
Gabrielyan v. Armenia, no. 8088/05, 10 April 2012
Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, ECHR 2010
Gani v. Spain, no. 61800/08, 19 February 2013
Garofolo v. Switzerland (dec.), no. 4380/09, 2 April 2013
González Nájera v. Spain (dec.), no. 61047/13, 11 February 2014
Heglas v. the Czech Republic, no. 5935/02, 1 March 2007
Horncastle and Others v. the United Kingdom, no. 4184/10, 16 December 2014
Hümmer v. Germany, no. 26171/07, 19 July 2012
Imbrioscia v. Switzerland, 24 November 1993, Series A no. 275
Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX
Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, 25 July 2013
Kostecki v. Poland, no. 14932/09, 4 June 2013
Lučić v. Croatia, no. 5699/11, 27 February 2014

Lüdi v. Switzerland, 15 June 1992, Series A no. 238
Matytsina v. Russia, no. 58428/10, 27 March 2014
McGlynn v. the United Kingdom (dec.), no. 40612/11, 16 October 2012
Mitkus v. Latvia, no. 7259/03, 2 October 2012
N.C. v. Italy [GC], no. 24952/94, ECHR 2002-X
Nechto v. Russia, no. 24893/05, 24 January 2012
Nikolitsas v. Greece, no. 63117/09, 3 July 2014
Pichugin v. Russia, no. 38623/03, 23 October 2012
Präjină v. Romania, no. 5592/05, 7 January 2014
Rosin v. Estonia, no. 26540/08, 19 December 2013
Rudnichenko v. Ukraine, no. 2775/07, 11 July 2013
Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, ECHR 2008
Salikhov v. Russia, no. 23880/05, 3 May 2012
Şandru v. Romania, no. 33882/05, 15 October 2013
Schenk v. Switzerland, 12 July 1988, Series A no. 140
Scholer v. Germany, no. 14212/10, 18 December 2014
Sellick and Sellick v. the United Kingdom (dec.), no. 18743/06, 16 October 2012
Sică v. Romania, no. 12036/05, 9 July 2013
Štefančič v. Slovenia, no. 18027/05, 25 October 2012
Suldin v. Russia, no. 20077/04, 16 October 2014
Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, ECHR 2010
Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 4570/07, 10 July 2012
Tseber v. the Czech Republic, no. 46203/08, 22 November 2012
Vronchenko v. Estonia, no. 59632/09, 18 July 2013
Windisch v. Austria, 27 September 1990, Series A no. 186
Yevgeniy Ivanov v. Russia, no. 27100/03, 25 April 2013

In the case of Schatschaschwili v. Germany,

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

Dean Spielmann, *President*,

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Luis López Guerra,

Päivi Hirvelä,

Khanlar Hajiyev,

Dragoljub Popović,

Nona Tsotsoria,

Kristina Pardalos,

Angelika Nußberger,

Julia Laffranque,

Helen Keller,

André Potocki,

Paul Mahoney,

Valeriu Griţco,

Egidijus Kūris,

Jon Fridrik Kjølbro, *judges*,

and Lawrence Early, *Jurisconsult*,

Having deliberated in private on 4 March 2015 and 8 October 2015,

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

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 9154/10) 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 Georgian national, Mr Swiadi Schatschaschwili (“the applicant”), on 12 February 2010.

2. By a letter dated 29 December 2013, the applicant’s lawyer notified the Court that the applicant had informed him that his real name was Avtandil Sisvadze. The Court advised the parties on 14 January 2014 that it would continue processing the application under the case name of *Schatschaschwili v. Germany*. This corresponded to the applicant’s name as referred to in the domestic court proceedings in issue as well as in his application lodged with the Court.

3. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr H. Meyer-Mews, a lawyer practising in Bremen. The German

Government (“the Government”) were represented by their Agents, Ms A. Wittling-Vogel, Mr H.-J. Behrens and Ms K. Behr, of the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection.

4. The applicant alleged in particular, relying on Article 6 § 3 (d) of the Convention, that his trial had been unfair as neither he nor his lawyer had been granted an opportunity at any stage of the criminal proceedings against him to examine the victims, who were the only direct witnesses of the offence allegedly committed by him in Göttingen in February 2007 and on whose statements the Göttingen Regional Court had relied in convicting him.

5. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). The Government were given notice of the application on 15 January 2013. On 17 April 2014 a Chamber of the Fifth Section composed of Mark Villiger, President, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Ann Power-Forde, Ganna Yudkivska, Helena Jäderblom and Aleš Pejchal, judges, and Claudia Westerdiek, Section Registrar, unanimously declared the application partly admissible and held, by five votes to two, that there had been no violation of Article 6 § 1 taken in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention.

6. On 15 July 2014 the applicant requested that the case be referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention and Rule 73. On 8 September 2014 a panel of the Grand Chamber accepted 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. At the final deliberations, Jon Fridrik Kjølbro and András Sajó, substitute judges, replaced Josep Casadevall and Isabelle Berro, who were unable to take part in the further consideration of the case (Rule 24 § 3).

8. The applicant and the Government each filed a memorial on the merits (Rule 59 § 1). In addition, third-party comments were received from the Czech Government, which had been given leave by the President on 3 November 2014 to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3).

9. The Georgian Government, having been informed of their right to intervene in the proceedings (Article 36 § 1 of the Convention and Rule 44 §§ 1 and 4), did not indicate that they wished to exercise that right.

10. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 4 March 2015 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) *for the Government*

- | | |
|---|------------------|
| Mr H.-J. Behrens, Federal Ministry of
Justice and Consumer Protection, | <i>Agent,</i> |
| Mr H. Satzger, Professor of Criminal Law at the
University of Munich, | |
| Mr F. Zimmermann, Legal Assistant at the
University of Munich, | |
| Mr H. Paetzold, Federal Ministry of
Justice and Consumer Protection, | |
| Mr C. Tegethoff, Judge, Lower Saxony
Ministry of Justice, | <i>Advisers;</i> |

(b) *for the applicant*

- | | |
|-------------------|------------------|
| Mr H. Meyer-Mews, | <i>Counsel,</i> |
| Mr A. Rotter, | |
| Mr J. Lam, | <i>Advisers.</i> |

The Court heard addresses by Mr Meyer-Mews and Mr Behrens and their replies to questions put by judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

11. The applicant was born in 1978. When he lodged his application he was being detained in Rosdorf Prison, Germany. He now lives in Khashuri/Surami, Georgia.

A. The events in Kassel and Göttingen as established by the domestic courts

1. The offence committed in Kassel

12. On the evening of 14 October 2006, the applicant and an unidentified accomplice robbed L. and I., two Lithuanian nationals, in the women's flat in Kassel.

13. The perpetrators were aware that the flat was used for prostitution and expected its two female occupants to keep valuables and cash there. They had passed by in the early evening in order to make sure that no clients or a procurer were present. Shortly afterwards they returned and overpowered L., who had answered the doorbell. The applicant pointed a gas pistol which resembled a real gun at both women and threatened to shoot them if they did not disclose where their money was kept. While his accomplice watched

over the women, the applicant found or forced the women to hand over to him approximately 1,100 euros (EUR) and six mobile phones.

2. The offence committed in Göttingen

14. On 3 February 2007 the applicant, acting jointly with several accomplices, robbed O. and P., two female Latvian nationals who were temporarily resident in Germany and working as prostitutes, in their flat in Göttingen.

15. On the evening of 2 February 2007, the day before the offence, one of the applicant's co-accused had passed by O.'s and P.'s flat in Göttingen together with an accomplice, R., an acquaintance of O. and P. They intended to verify whether the two women were the flat's only occupants and whether they kept any valuables there, and discovered a safe in the kitchen.

16. On 3 February 2007 at around 8 p.m., the applicant and a further accomplice, B., gained access to O.'s and P.'s flat by pretending to be potential clients, while one of their co-accused waited in a car parked close to the building and another waited in front of it. Once inside the flat, B. produced a knife that he had been carrying in his jacket. P., in order to escape from the perpetrators, jumped from the balcony located approximately two metres off the ground and ran away. The applicant jumped down after her but abandoned the chase after some minutes when some passers-by appeared nearby on the street. He then called the co-accused who had been waiting in front of the women's flat building on his mobile phone and told him that one of the women had jumped from the balcony and that he had unsuccessfully chased her. The applicant agreed on a meeting point with his co-accused where they would pick him up by car once B. had left the crime scene and joined them.

17. In the meantime, inside the flat, B., having overpowered O., threatened to kill her with his knife if she did not disclose where the women kept their money or if she refused to open the safe for him. Fearing for her life, O. opened the safe, from which B. removed EUR 300, and also handed over the contents of her wallet (EUR 250). B. left the flat at around 8.30 p.m., taking the money and P.'s mobile telephone, as well as the flat's landline telephone, with him and joined the co-accused. The co-accused and B. then picked up the applicant at the agreed meeting point in their car. At approximately 9.30 p.m. P. rejoined O. in their flat.

18. O. and P. gave an account of the events to their neighbour E. the morning after the offence. They then left their Göttingen flat out of fear and stayed for several days with their friend L., one of the victims of the offence committed in Kassel, to whom they had also described the offence in detail the day after it occurred.

B. The investigation proceedings concerning the events in Göttingen

19. On 12 February 2007 L. informed the police of the offence committed against O. and P. in Göttingen. Between 15 and 18 February 2007 O. and P. were repeatedly questioned by the police as to the events of 2 and 3 February 2007. In those interviews they described the course of events as set out above. The police, having checked O.'s and P.'s papers, found their residence and occupation in Germany to be in compliance with German immigration and trade law.

20. As the witnesses had explained during their police interviews that they intended to return to Latvia in the days to come, on 19 February 2007 the prosecution asked the investigating judge to question the witnesses in order to obtain a true statement which could be used at the subsequent trial (*eine im späteren Hauptverfahren verwertbare wahrheitsgemäße Aussage*).

21. As a result, on 19 February 2007, O. and P. were questioned by an investigating judge and again described the course of events as set out above. At that time, the applicant had not yet been informed of the investigation proceedings initiated against him, so as not to put the investigation at risk. No warrant for his arrest had yet been issued and he was not yet represented by counsel. The investigating judge excluded the applicant from the witness hearing before him in accordance with Article 168c of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 56 below) since he was concerned that the witnesses, whom he had found to be considerably shocked and distressed by the offence, would be afraid of telling the truth in the applicant's presence. The witnesses confirmed at that hearing that they intended to return to Latvia as soon as possible.

22. O. and P. returned to Latvia shortly after that hearing. The applicant was subsequently arrested on 6 March 2007.

C. The trial before the Göttingen Regional Court

1. The court's attempts to question O. and P. and the admission of O.'s and P.'s pre-trial statements

23. The Göttingen Regional Court summoned O. and P. by registered post to appear at the trial on 24 August 2007. However, both witnesses refused to attend the hearing before the Regional Court, relying on medical certificates dated 9 August 2007 which indicated that they were in an unstable, post-traumatic emotional and psychological state.

24. Consequently, on 29 August 2007, the Regional Court sent letters by registered post to both witnesses informing them that the court, while not being in a position to compel them to appear at a court hearing in

Germany, nonetheless wished to hear them as witnesses at the trial. The court stressed that they would receive protection in Germany and that all costs incurred attending the hearing would be reimbursed and, proposing several options, asked in what circumstances they would be willing to testify at the trial. While an acknowledgement of receipt was returned for both letters, P. did not respond. O., for her part, informed the Regional Court in writing that she was still traumatised by the offence and would therefore neither agree to appear at the trial in person nor to testify by means of an audio-visual link. O. further stated that she had nothing to add to the statements she had made in the course of the interviews carried out by the police and the investigating judge in February 2007.

25. The Regional Court nevertheless decided to request legal assistance from the Latvian authorities under the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959, as supplemented by the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union of 29 May 2000 (see paragraphs 64-66 below), taking the view that O. and P. were obliged under Latvian law to appear before a court in Latvia following a request for legal assistance. It asked for the witnesses to be summoned before a court in Latvia and for an audio-visual link to be set up in order for the hearing to be conducted by the presiding judge of the Regional Court (*audiovisuelle Vernehmung*). It considered, referring to Article 6 § 3 (d) of the Convention, that defence counsel and the accused, just like the judges and the prosecution, should have the right to put questions to the witnesses for the first time.

26. However, the witness hearing of O. and P. scheduled by the competent Latvian court for 13 February 2008 was cancelled shortly before that date by the presiding Latvian judge. The latter found that the witnesses, again relying on medical certificates, had demonstrated that they were still suffering from post-traumatic disorder as a consequence of the offence and that further confrontation with the events in Göttingen would risk aggravating their condition. O. had further claimed that, following threats by the accused, she feared possible acts of revenge.

27. By a letter dated 21 February 2008, the Regional Court, which had requested and obtained copies of the medical certificates the witnesses had submitted to the Latvian court, informed its Latvian counterpart that, according to the standards of German criminal procedure law, the witnesses had not sufficiently substantiated their refusal to testify. The court suggested to the competent Latvian judge that the witnesses be examined by a public medical officer (*Amtsarzt*) or, alternatively, that they be compelled to attend the hearing. The letter went unanswered.

28. By a decision of 21 February 2008, the Regional Court, dismissing an objection to the admission of the witnesses' pre-trial statements raised by counsel for one of the co-accused, ordered that the records of O.'s and P.'s interviews by the police and the investigating judge be read out at the trial in accordance with Article 251 §§ 1 (2) and 2 (1) of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 61 below). It considered that, as required by said provisions, there were insurmountable obstacles which made it impossible to hear the witnesses in the foreseeable future as they were unreachable. It had not been possible to hear O. and P. in the course of the trial since they had returned to their home country, Latvia, shortly after their interviews at the investigation stage, and all attempts to hear their evidence at the main hearing, which the court had no means of enforcing, had been to no avail. Pointing out that the courts were under an obligation to conduct proceedings involving deprivation of liberty expeditiously, and in view of the fact that the accused had already been in custody for a considerable period of time, the court was of the opinion that it was not justified to delay further the proceedings.

29. The Regional Court emphasised that at the investigation stage there had been no indication that O. and P., who had testified on several occasions before the police and then before the investigating judge, would refuse to repeat their statements at a subsequent trial. It considered that, notwithstanding the resulting restrictions for the defence on account of the admission of O.'s and P.'s pre-trial statements as evidence in the proceedings, the trial as a whole could be conducted fairly and in compliance with the requirements of Article 6 § 3 (d) of the Convention.

2. The Regional Court's judgment

30. By a judgment of 25 April 2008, the Regional Court, considering the facts established as described above, convicted the applicant of two counts of aggravated robbery combined with aggravated extortion involving coercion, committed jointly with other perpetrators in Kassel on 14 October 2006 and in Göttingen on 3 February 2007. It sentenced the applicant, who had been represented by counsel at the trial, to nine years and six months' imprisonment.

(a) The assessment of the available evidence concerning the offence in Kassel

31. The Regional Court based its findings of fact concerning the offence committed by the applicant in Kassel on the statements made at the trial by the victims L. and I., who had identified the applicant without any hesitation. It further noted that their statements were supported by the statements made at the trial by the police officers who had attended the

crime scene and had interviewed L. and I. in the course of the preliminary investigation. In view of these elements, the Regional Court considered that the submissions made by the applicant, who had initially claimed his innocence and had then admitted that he had been in L.'s and I.'s flat but had only secretly stolen EUR 750, alone, after a quarrel with the women, had been refuted.

(b) The assessment of the available evidence concerning the offence in Göttingen

(i) O.'s and P.'s statements

32. In the establishment of the facts concerning the offence in Göttingen, the Regional Court relied in particular on the pre-trial statements made by the victims O. and P., whom it considered to be key witnesses for the prosecution (*maßgebliche Belastungszeuginnen*), in the course of their police interviews and before the investigating judge.

33. In its judgment, which ran to some 152 pages, the Regional Court pointed out that it was aware of the reduced evidentiary value of the records of O.'s and P.'s pre-trial testimonies. It further took into account the fact that neither the applicant nor counsel for the defence had been provided with an opportunity to examine the only direct witnesses to the offence in Göttingen at any stage of the proceedings.

34. The Regional Court noted that the records of O.'s and P.'s interviews at the investigation stage showed that they had given detailed and coherent descriptions of the circumstances of the offence. Minor contradictions in their statements could be explained by their concern not to disclose their residence and activities to the authorities and by the psychological strain to which they had been subjected during and following the incident. The witnesses had feared problems with the police and acts of revenge by the perpetrators. This explained why they had not reported the offence immediately after the events and why the police had only been informed on 12 February 2007 by their friend L.

35. The Regional Court further took note of the fact that O. and P. had failed to identify the applicant when shown several photos of potential suspects during the police interviews. It observed that the witnesses' attention during the incident had been focused on the other perpetrator carrying the knife and that the applicant himself had only stayed in the flat for a short period of time. Their inability to identify the applicant also showed that, contrary to the defence's allegation, the witnesses had not testified with a view to incriminating him. The court further considered that the fact that the witnesses had failed to attend the trial could be explained

by their unease at having to recall, and being questioned about, the offence and therefore did not as such affect their credibility.

(ii) Further available evidence

36. In its establishment of the facts, the Regional Court further had regard to the following additional evidence: the statements made at the trial by several witnesses to whom O. and P. had reported the offence shortly after it happened, namely the victims' neighbour E. and their friend L., as well as the police officers and the investigating judge who had examined O. and P. at the pre-trial stage; geographical data and information obtained by tapping the applicant's and his co-accused's mobile telephones and by means of a satellite-based global positioning system (GPS) receiver in the car of one of the co-accused; the applicant's admission in the course of the trial that he had been in the victims' flat at the relevant time; and the similarity in the way in which the offences in Kassel and Göttingen had been committed.

37. The Regional Court stressed that, once O. and P. had proved to be unavailable, it had ensured that as many as possible of the witnesses who had been in contact with O. and P. in relation to the events in issue were heard at the trial, in order to verify the victims' credibility.

38. In the Regional Court's opinion the fact that the detailed description of the events given in O.'s and P.'s pre-trial statements was consistent with the account they had given the morning after the offence to their neighbour was a strong indication of their credibility and the veracity of their statements. E. had further testified that, on the evening of 3 February 2007 at around 9.30 p.m., another neighbour, an elderly woman who became scared and angry when she saw P. running around in front of her window, had called on her and asked her to accompany her to the women's flat to investigate what had happened. O. and P. had, however, not answered the door when the neighbours rang the doorbell.

39. The Regional Court further observed that O.'s and P.'s description of the events was also consistent with their friend L.'s recollection of her conversations with O. and P. after the offence.

40. In addition, the Regional Court noted that the three police officers and the investigating judge who had examined O. and P. at the pre-trial stage had all testified at the trial that they had found O. and P. to be credible.

41. The Regional Court stressed that since neither the defence nor the court itself had had an opportunity to observe the main witnesses' demeanour at the trial or during examination by means of an audio-visual link, it had to exercise particular diligence in assessing the evaluation of the witnesses' credibility by the police officers and the investigating judge. The

court further emphasised that when taking into account the testimonies given by the witnesses' neighbour E. and their friend L. it had paid special attention to the fact that their statements constituted hearsay evidence and had to be assessed particularly carefully.

42. In this context it had been of relevance that O.'s and P.'s testimonies as well as the statements of the additional witnesses heard at the trial, had been supported by further significant and admissible evidence such as data and information obtained by tapping the applicant's and the co-accused's mobile telephones and by means of a GPS receiver. The information in question had been gathered in the context of police surveillance measures carried out at the relevant time in the criminal investigation initiated against the accused on suspicion of racketeering and extortion on the Göttingen drug scene.

43. It transpired from the geographical data and the recordings of two mobile-telephone conversations between one of the co-accused and the applicant on the evening of 3 February 2007 at 8.29 p.m. and 8.31 p.m. that the latter had been in the victims' flat with B., and that he had jumped from the balcony in order to chase one of the escaping victims, whom he had failed to capture, while B. had stayed in the flat. Furthermore, an analysis of the GPS data showed that the car of one of the co-accused had been parked near the crime scene from 7.58 p.m. to 8.32 p.m. on the evening of 3 February 2007, a period that coincided with the time frame in which the robbery in question had occurred.

44. Furthermore, while the applicant and the co-accused had denied any participation in the robbery as such or any premeditated criminal activity, their own statements at the trial had at least confirmed that one of the co-accused, together with R., had visited the victims' flat in Göttingen on the evening before the offence and that they had all been in the car parked close to the victims' flat at the time of the offence. The accused had initially stated that a different perpetrator and R. had been in the flat at the time of the incident the following day. The applicant had subsequently amended his submissions and claimed that it had been he and B. who had gone into the victims' flat on 3 February 2007 with a view to making use of the women's services as prostitutes. He had further conceded that he had followed P. when she escaped over the balcony. He explained that he had done so in order to prevent her from calling the neighbours or the police, since, in view of his criminal record, he had been afraid of getting into trouble and because of the problems he had previously encountered with prostitutes on a similar occasion in Kassel.

45. Finally, the Regional Court considered that the very similar way in which the offences had been committed against two female victims, foreign nationals working as prostitutes in a flat, was an additional element

indicating that the applicant had also participated in the offence committed in Göttingen.

46. In the Regional Court's view, the body of evidence, taken together, gave a coherent and complete overall picture of events which supported the version provided by O. and P. and refuted the contradictory versions of events put forward by the applicant and his co-accused in the course of the trial.

D. The proceedings before the Federal Court of Justice

47. On 23 June 2008 the applicant, represented by counsel, lodged an appeal on points of law against the judgment of the Göttingen Regional Court. He complained that he had not been able to examine the only direct and key witnesses to the offence committed in Göttingen at any stage of the proceedings, in breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. As the prosecution authorities, contrary to the case-law of the Federal Court of Justice (the applicant referred to a judgment of 25 July 2000, see paragraphs 58-59 and 62 below), had not requested that defence counsel be appointed for him prior to O.'s and P.'s hearing before the investigating judge, their statements ought to have been excluded from the trial.

48. In written submissions dated 9 September 2008, the Federal Public Prosecutor General requested that the applicant's appeal on points of law be dismissed by the Federal Court of Justice as manifestly ill-founded in written proceedings, under Article 349 § 2 of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 63 below). The Federal Public Prosecutor General argued that, while it was true that the proceedings had been characterised by a "complete loss" of the applicant's right to examine O. and P. (*Totalausfall des Fragerechts*), they had as a whole been fair and there had been no reason to exclude the witness statements of O. and P. as evidence.

49. The Federal Public Prosecutor General considered that the Regional Court had assessed the content of the records of the witnesses' testimonies read out at the trial particularly carefully and critically. Furthermore, the victims' statements had been neither the sole nor the decisive basis for the applicant's conviction by the Regional Court, as the latter had based its findings on further significant evidence. In view of the various layers of corroborating evidence, the applicant had had ample opportunity to challenge the credibility of the two prosecution witnesses and to defend himself effectively.

50. Endorsing the Regional Court's reasoning, the Federal Public Prosecutor General further pointed out that there was nothing to demonstrate that the restrictions on the defence's right to examine O. and P. had been imputable to the domestic authorities. The prosecution authorities had not been obliged to appoint counsel for the applicant in

order for counsel to participate in the hearing by the investigating judge. In view of the witnesses' consistent cooperation, the authorities had had no reason to suspect that, despite their return to their home country, they would no longer be available for questioning at the trial, especially as they had been obliged under Latvian law to at least participate in a hearing via video-link.

51. By a decision of 30 October 2008, the Federal Court of Justice, referring to Article 349 § 2 of the Code of Criminal Procedure, dismissed the applicant's appeal on points of law as manifestly ill-founded.

52. In its decision of 9 December 2008 rejecting the applicant's complaint concerning a violation of his right to be heard (*Anhörungsrüge*), the Federal Court of Justice pointed out that any decision dismissing an appeal on the basis of Article 349 § 2 of the Code of Criminal Procedure necessarily entailed a reference to the reasoned application by the Federal Public Prosecutor General.

E. The proceedings before the Federal Constitutional Court

53. In a constitutional complaint dated 30 December 2008 against the decisions of the Federal Court of Justice of 30 October and 9 December 2008, the applicant complained, in particular, that there had been a breach of his right to a fair trial and of his defence rights under Article 6 § 3 (d) of the Convention. He argued that neither he nor his counsel had had the opportunity to question O. and P. at any stage of the proceedings.

54. By a decision of 8 October 2009, the Federal Constitutional Court, without providing reasons, declined to consider the applicant's complaint (file no. 2 BvR 78/09).

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Relevant provisions and practice concerning the conduct of the investigation proceedings

55. Article 160 §§ 1 and 2 of the Code of Criminal Procedure provides that, in investigating the facts relating to a suspicion that a criminal offence has been committed, the public prosecution authorities must investigate not only the incriminating but also the exonerating circumstances and must ensure that evidence which might be lost is taken.

56. Under Article 168c § 2 of the Code of Criminal Procedure, the prosecutor, the accused and defence counsel are authorised to be present during the judicial examination of a witness prior to the opening of the main proceedings. The judge may exclude an accused from the hearing if his or her presence would endanger the purpose of the investigation, in

particular if there is a risk that a witness will not tell the truth in the presence of the accused (Article 168c § 3 of the Code of Criminal Procedure). The persons entitled to be present must be given prior notice of the dates set for the hearings. Notification may be dispensed with if it would endanger the success of the investigation (Article 168c § 5 of the Code of Criminal Procedure).

57. In accordance with Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure, defence counsel may be appointed during the investigation proceedings. The public prosecutor's office requests such appointment if, in its opinion, the assistance of defence counsel in the main proceedings will be mandatory. The assistance of defence counsel is mandatory if, *inter alia*, the main hearing is held at first instance before the Regional Court or the accused is charged with a serious criminal offence (Article 140 § 1 (1) and (2) of the Code of Criminal Procedure).

58. In a leading judgment of 25 July 2000 (published in the official reports, BGHSt, volume 46, pp. 96 et seq.), the Federal Court of Justice found that Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure, interpreted in the light of Article 6 § 3 (d) of the Convention, obliged the investigating authorities to consider the appointment of counsel for an unrepresented accused if the key witness for the prosecution was to testify before an investigating judge for the purpose of securing evidence and the accused was excluded from that hearing.

59. The Federal Court of Justice stressed that respect for the right to cross-examination required that the appointed counsel be given an opportunity to discuss the matter with the accused prior to the witness's examination by the investigating judge, in order to be in a position to ask the relevant questions. The court also noted that it might not be necessary to appoint a lawyer for the accused if there were justifiable reasons not to notify counsel of the hearing before the investigating judge or if the delay caused by appointing and involving a lawyer would endanger the success of the investigation. In the case before it, the Federal Court of Justice further did not have to determine whether it was necessary to appoint counsel for the accused when the purpose of the investigation might be endangered simply as a result of the lawyer discussing the matter with the accused prior to the hearing.

B. Relevant provisions and practice concerning the conduct of the trial

60. Article 250 of the Code of Criminal Procedure lays down the principle according to which, where the proof of a fact is based on a person's observation, that person must be examined at the trial. The examination

must not be replaced by reading out the record of a previous examination or a written statement.

61. Article 251 of the Code of Criminal Procedure contains a number of exceptions to that principle. Under Article 251 § 1 (2), the examination of a witness may be replaced by reading out a record of another examination if the witness has died or cannot be examined by the court for another reason within a foreseeable period of time. Article 251 § 2 (1) of the Code of Criminal Procedure provides that, in the event of previous examination by a judge, the examination of a witness may be replaced by reading out the written record of his or her previous examination; this also applies if illness, infirmity or other insurmountable obstacles prevent the witness from appearing at the main hearing for a long or indefinite period.

62. In its above-mentioned judgment of 25 July 2000 (see paragraphs 58-59 above), the Federal Court of Justice found that the failure to appoint counsel for the accused as required by Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure did not result in the exclusion of the evidence obtained during examination by the investigating judge, but did diminish its evidentiary value. Regard had to be had to the proceedings as a whole. As a rule, a conviction could be based on the statement of a witness whom the defence had been unable to cross-examine only if the statement was corroborated by other significant factors independent of it. The trial court was further obliged to assess the evidence with particular care, also having regard to the fact that the statement made by the investigating judge at the trial constituted hearsay evidence.

C. Provision concerning appeals on points of law

63. Under Article 349 § 2 of the Code of Criminal Procedure the court deciding on the appeal on points of law may, on a reasoned application by the public prosecutor's office, dismiss a defendant's appeal on points of law without a hearing if it considers the appeal to be manifestly ill-founded. The decision must be unanimous.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW

64. Mutual assistance in criminal matters between Germany and Latvia is governed, in particular, by the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959 (ETS 30), supplemented by the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union of 29 May 2000.

65. Article 10 of the latter Convention provides for the possibility of hearing witnesses by video-conference. Such hearings must be carried out in

the presence of and by a judicial authority of the requested member State. The witness may claim the right not to testify which would accrue to him or her under the law of either the requested or the requesting member State (Article 10 § 5). Each member State must take the necessary measures to ensure that, where witnesses are being heard within its territory and refuse to do so when under an obligation to testify, its national law applies in the same way as if the hearing took place in a national procedure (Article 10 § 8).

66. Article 8 of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959 provides that a witness who has failed to answer a summons to appear issued by the requesting Party shall not be subjected to any punishment unless subsequently he or she voluntarily enters the territory of the requesting Party and is there again duly summoned.

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 §§ 1 AND 3 (d) OF THE CONVENTION

67. The applicant complained that his trial had been unfair and that the principle of equality of arms had been infringed since neither he nor his lawyer had been granted an opportunity at any stage of the criminal proceedings to examine O. and P., the only direct witnesses to and victims of the offence allegedly committed by him in Göttingen in February 2007. He relied on Article 6 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

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

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

...

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...”

68. The Government contested that argument.

A. The Chamber judgment

69. The Chamber held that there had been no violation of Article 6 § 1 taken in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention.

70. Applying the principles established by the Court in its judgment in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* ([GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011), the Chamber found that there had been a good reason for the witnesses' non-attendance at the trial. The Regional Court had made reasonable efforts to enable the witnesses to be examined. The fact that all attempts in this regard had been futile was not imputable to that court. The Chamber further considered that, while the witness statements in issue may not have been the sole or decisive evidence on which the applicant's conviction was based, they clearly carried considerable weight in the establishment of his guilt.

71. However, in the Chamber's view, there had been sufficient counterbalancing factors to compensate for the difficulties under which the defence laboured as a result of the admission of the victims' witness statements. It considered that the Regional Court had complied with the procedural safeguards under domestic law. Under Article 168c of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 56 above), the accused and defence counsel were, as a rule, permitted to be present during the judicial examination of a witness at the pre-trial stage. However, it had been justified to exclude the applicant, who had not yet been assigned a lawyer at that time, from the hearing of O. and P. by the investigating judge in accordance with Article 168c § 3 of the Code of Criminal Procedure. The investigating judge's concern that the suspects would put pressure on the witnesses once they or counsel were informed of the hearing, thus jeopardising the ongoing investigations, had been well-founded. The Chamber also took note of the Government's submission that, at the time of the hearing, it had not been foreseeable that the witnesses, who had already given evidence on several occasions, would refuse to testify at the trial.

72. Moreover, the Chamber noted that the Regional Court had thoroughly scrutinised O.'s and P.'s witness statements in the light of their reduced evidentiary value. That court had also had regard to the statements of two witnesses, E. and L., in whom the victims had confided directly after the incident. The coherent witness testimonies had been supported by factual evidence obtained by telephone tapping, by GPS surveillance and by the applicant's own admission that he had been in the victims' flat at the time of the incident. Moreover, the similarity in the way in which the offences in Kassel and Göttingen had been committed had further corroborated the court's findings. The proceedings as a whole had therefore been fair.

B. The parties' submissions

1. The applicant

73. In the applicant's submission, his right to a fair trial, including the right to examine witnesses against him under Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the

Convention, had been breached. He stressed that neither he nor his counsel had had the opportunity, at any stage of the proceedings, to examine the key witnesses O. and P.

(a) The applicable principles

74. In his observations before the Grand Chamber, the applicant agreed that the principles developed by the Court in *Al-Khawaja and Tahery* (cited above) were applicable to his case. He stressed that, according to that case-law, failure to give the defence an opportunity to cross-examine a prosecution witness would result in a breach of Article 6 § 3 (d) of the Convention save in exceptional circumstances.

(b) Whether there was a good reason for the non-attendance of O. and P. at the trial

75. In the applicant's submission, there had not been a good reason for the non-attendance of O. and P. at his trial. The psychological difficulties allegedly caused by the offence in Göttingen had not prevented the witnesses from making statements to the police and the investigating judge at the investigation stage. Moreover, the Göttingen Regional Court had itself considered that there had not been sufficient reason for the witnesses not to attend the trial. Further attempts should have been made by the domestic authorities to obtain the hearing of those witnesses at the trial, notably by means of bilateral negotiations with Latvia at the political level.

(c) Whether the evidence of the absent witnesses was the sole or decisive basis for the applicant's conviction

76. In the applicant's view, his conviction had been based at least to a decisive extent on the evidence given by O. and P., who had been the only eyewitnesses to the events in Göttingen. He could not have been found guilty on the basis of the other available evidence if the evidence provided by O. and P. had been disregarded.

(d) Whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured

77. The applicant took the view that there had not been any counterbalancing factors to compensate for the difficulties caused to the defence as a result of the witnesses' absence at the trial.

78. The applicant submitted that the Regional Court had not assessed the witness statements made by O. and P. with particular caution. It had not taken into account the fact that the witnesses' failure to attend the hearing before it without an adequate excuse had affected their credibility. Moreover,

the fact that there had been some additional hearsay evidence and that the applicant had had the opportunity to question the investigating judge had not constituted sufficient counterbalancing factors to secure equality of arms in the proceedings. The fact that, under German criminal procedure law, the prosecution was obliged to investigate both the incriminating and the exonerating evidence against the accused (see paragraph 55 above) did not compensate for his lack of opportunity to cross-examine the prosecution witnesses, as the prosecution authorities had not investigated the exonerating evidence in his case.

79. The applicant stressed, in particular, that he had been deprived of a procedural safeguard under domestic law aimed at protecting his defence rights, in that counsel representing him had not been allowed to be present at the hearing of O. and P. before the investigating judge. Under the applicable provisions of the Code of Criminal Procedure (Article 141 § 3 taken in conjunction with Article 140, see paragraph 57 above), as interpreted by the Federal Court of Justice (he referred to that court's judgment of 25 July 2000, see paragraphs 58-59 and 62 above), the prosecution had been obliged to appoint counsel to represent him at the stage of the investigation proceedings. This should have been done prior to the hearing of the main witnesses for the prosecution by the investigating judge, from which he had been excluded under Article 168c § 3 of the Code of Criminal Procedure. In such circumstances, defence counsel had a right to be present at the witness hearing under Article 168c § 2 of the Code of Criminal Procedure (save in the circumstances enumerated in Article 168c § 5, which did not apply to his case). He referred to the findings in the Court's judgment in *Hümmer v. Germany* (no. 26171/07, §§ 42 et seq., 19 July 2012) in support of his submission.

80. The applicant stressed that, in practice, witnesses were only heard by the investigating judge in the investigation proceedings, in addition to their examination by the police, if there was a danger of evidence being lost. Records of examinations by an investigating judge could be read out and used as evidence at the trial under less strict conditions than records of interviews by the police (Article 251 §§ 1 and 2 of the Code of Criminal Procedure, see paragraph 61 above). The presence of the accused and counsel at hearings conducted by an investigating judge in accordance with Article 168c § 2 of the Code of Criminal Procedure was thus essential in order to safeguard the accused's right under Article 6 § 3 (d) of the Convention.

81. In the applicant's submission, it had not been justified to deny him that right simply because the investigating judge had gained the mistaken impression that the witnesses had been afraid to testify in the applicant's and even his counsel's presence, without him having given cause for any

such fears. In any event, this would not have justified his and his counsel's exclusion from that hearing as there were various means of allaying such fears. As O. and P. were due to leave Germany shortly after their hearing by the investigating judge, it would have been possible to appoint counsel for the applicant just before the hearing and also to arrest the applicant immediately before that hearing, thus allowing him or at least his counsel to question the witnesses in person without the latter having to fear any intimidation.

82. In the applicant's view, the likelihood that O. and P., who had possibly been liable to punishment under the trade or tax laws because of their work as prostitutes, would no longer be available to testify in Germany in the proceedings against him had been foreseeable for the investigating authorities. He nevertheless stressed that he had not had any reason to request a repetition of the witnesses' hearing by the investigating judge in his presence following his arrest as he had assumed that he would be able to cross-examine the witnesses at the trial; the witnesses had in any event already left Germany at the time of his arrest.

2. *The Government*

83. In the Government's submission, the criminal proceedings against the applicant had complied with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention despite the fact that the applicant had not had the opportunity to cross-examine O. and P. at any stage of the proceedings.

(a) **The applicable principles**

84. In the Government's view, there was no reason to tighten or amend the principles established by the Court in its judgment in *Al-Khawaja and Tahery* (cited above), which were applicable to the present case and according to which the cross-examination of witnesses could be dispensed with in certain circumstances. The Court's findings in that judgment, made in the context of a common-law system, should be transposed to continental-law systems in a flexible manner. Even if these principles were applied, the scope for exceptions to the principle of cross-examination was liable to be wider in continental-law systems such as the German legal system. The latter relied to a greater extent on professional judges experienced in evaluating the reliability of evidence, and the assessment of the evidence was made far more transparent in the reasoning of the judgments.

85. The Government added that a comparative-law study commissioned by them had shown that in none of the Contracting Parties to the Convention with a criminal-law system comparable to the German system was there an unrestricted right for the defendant to cross-examine prosecution witnesses

at the hearing. Moreover, in many other legal systems it was not prohibited to have recourse to the records of previous witness examinations even if the accused had been unable to question the witness concerned at that stage.

(b) Whether there was a good reason for the non-attendance of O. and P. at the trial

86. In the Government's view, there had been a good reason, as defined by the Court's case-law, for the non-attendance of O. and P. at the trial. The Regional Court had made all reasonable efforts to hear the witnesses, who had resided and worked legally in Germany, in person at the trial or to examine them via video-conference with the help of the Latvian courts. It had summoned the witnesses for a hearing and, following the submission of medical certificates by the witnesses, had again attempted to secure their presence by informing them that they would be protected and asking them to state in which circumstances they would be prepared to testify. The Regional Court had no jurisdiction to compel the witnesses, who were Latvian nationals residing in Latvia, to attend a hearing in Germany, as coercive measures were prohibited under Article 8 of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (see paragraph 66 above).

87. The Government submitted that the Regional Court had then asked the Latvian authorities, by way of legal assistance in accordance with the applicable rules, to have the witnesses summoned by a court in Latvia so that they could be examined via video-conference. However, the Latvian court had cancelled the hearing following a preliminary discussion with the witnesses, who had again submitted medical certificates. The Regional Court's request to the Latvian court asking the latter to verify the grounds given by the witnesses for their refusal to testify, or to explore further ways of questioning them, had gone unanswered. There was nothing to indicate that the hearing of the witnesses could have been brought about by different means such as bilateral negotiations on a political level, mentioned for the first time by the applicant in the proceedings before the Court.

(c) Whether the evidence of the absent witnesses was the sole or decisive basis for the applicant's conviction

88. The Government submitted that in the Regional Court's view, which was decisive in that respect, the witness statements made by O. and P. had been "relevant" (*maßgeblich*) in grounding the applicant's conviction. However, there had also been a number of other weighty items of evidence, including the results of police surveillance measures and the applicant's own submissions, which had allowed the veracity of the witness statements

to be tested. The question whether the witness evidence in issue, in the light of these elements, amounted to “decisive evidence” for the purposes of the Court’s case-law could be left open because, in any event, sufficient counterbalancing factors had been both necessary and present in the applicant’s case to compensate for the defence’s lack of opportunity to question the witnesses.

(d) Whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured

89. In the Government’s submission, the impossibility for the applicant to question O. and P. had been sufficiently compensated for by the Regional Court, which had made a comprehensive and critical assessment of the credibility of the witness statements. The Regional Court had assessed with particular caution the evidence given by the two witnesses for the prosecution, *inter alia*, by comparing the statements made by them during their different examinations.

90. The Government argued that in German criminal proceedings both the court and the prosecution were obliged by law to investigate both the incriminating and the exonerating evidence against the accused. This partly compensated for an accused’s lack of opportunity to cross-examine a prosecution witness.

91. In testing the veracity of the witness statements, the Regional Court had also had recourse to a large number of corroborating evidentiary elements, including both hearsay witness evidence and reliable physical evidence obtained by means of surveillance of the applicant. The surveillance measures had included, in particular, analysis of the geographical data from the applicant’s mobile phone and the recording of his telephone conversation with one of his co-accused at the time of the offence, in which he had described one of the witnesses jumping down from a balcony and hiding from the applicant, who had pursued her.

92. Moreover, the applicant had had the opportunity to cross-examine and challenge the credibility of almost all the persons who had questioned O. and P. at the investigation stage; the Regional Court had also heard evidence from those persons concerning the witnesses’ conduct and emotional state during questioning.

93. As to the fact that neither the applicant nor his counsel had been given an opportunity to question O. and P. at the investigation stage, the Government argued that the investigating judge had excluded the applicant from the hearing in accordance with Article 168c § 3 of the Code of Criminal Procedure in order to ensure the witnesses’ protection and the establishment of the truth. The witnesses, who had been very frightened of

the perpetrators, would not have made complete and truthful statements about the offence in the presence of the applicant. They had had legitimate grounds for their fear of acts of revenge, given that the applicant had been suspected of committing a similar robbery in Kassel.

94. Moreover, as the witnesses would have had reason to fear that any defence counsel appointed to represent the applicant would inform the latter of the hearing and of their statements made therein, they would not have made any, or accurate, statements in counsel's presence either. The Government explained that, under Article 168c § 5 of the Code of Criminal Procedure, the trial court was authorised to dispense with notifying any lawyer appointed for the applicant of the hearing if it considered that notification would endanger the success of the investigation. Therefore, in accordance with the case-law of the Federal Court of Justice (they also referred to that court's judgment of 25 July 2000, see paragraphs 58-59 and 62 above), the appointment of defence counsel and the latter's presence at the hearing before the investigating judge were not required.

95. The Government noted that, following his arrest, the applicant had not requested a repetition of the witnesses' examination in his presence in the investigation proceedings. They stressed that it had not been foreseeable that O. and P. would not attend the trial since the applicant and his accomplices, who were in detention at that stage, would then have posed less of a threat to them. In any event, the applicant had never lodged any applications stating which questions he would have liked to put to the witnesses, whose identity and whereabouts had been known to him, or on what grounds he might have wished to challenge their credibility.

3. *The Czech Government, third-party interveners*

96. The Czech Government considered that the present case afforded the Court the opportunity to clarify and refine the principles developed in its judgment in *Al-Khawaja and Tahery* (cited above). They took the view that the principles on the admission of the evidence of absent witnesses developed therein in the context of a common-law system were not fully applicable to continental-law systems. They considered that the Court should take into account the specific features of the particular legal system concerned.

97. The Czech Government suggested that the Court, prior to examining whether there were good reasons for admitting the evidence of an absent witness (they referred to *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 120), should verify whether the impugned evidence had been the sole or decisive evidence grounding the accused's conviction, as it had done, for instance, in *Sarkizov and Others v. Bulgaria* (nos. 37981/06 and 3 others, § 58, 17 April 2012)

and *Damir Sibgatullin v. Russia* (no. 1413/05, §§ 54-56, 24 April 2012). They argued that in a situation where a statement by an absent witness was not decisive, proof of a good reason for not affording the defence the possibility of questioning the witness was unnecessary. Furthermore, the Court should clarify whether it still accepted the principle of *impossibilia nulla obligatio est* as a good reason for admitting the evidence of an absent witness. This was particularly relevant in cases where a witness had left the national courts' jurisdiction, as the latter then lacked the coercive power to secure the witness's presence at a trial.

98. The Czech Government further stressed that it was for the national courts to assess the significance of a witness statement for the outcome of the case. A detailed analysis by the Court of the decisiveness or degree of importance of the evidence in question was liable to come into conflict with the domestic authorities' margin of appreciation and the Court's fourth-instance doctrine.

99. In the Czech Government's submission, the more flexible approach adopted by the Court in *Al-Khawaja and Tahery* (cited above) in respect of sole or decisive evidence made its case-law less predictable. They proposed that the Court should clarify which counterbalancing factors would be considered sufficient for preventing a breach of Article 6 of the Convention.

C. The Grand Chamber's assessment

1. Recapitulation of the relevant principles

(a) General principles

100. The Court reiterates that the guarantees in paragraph 3 (d) of Article 6 are specific aspects of the right to a fair hearing set forth in paragraph 1 of this provision (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 118); it will therefore consider the applicant's complaint under both provisions taken together (see *Windisch v. Austria*, 27 September 1990, § 23, Series A no. 186, and *Lüdi v. Switzerland*, 15 June 1992, § 43, Series A no. 238).

101. The Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see, *inter alia*, *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010, with further references). In making this assessment, the Court will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted (see *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, §§ 163 and 175, ECHR 2010) and, where necessary, to the

rights of witnesses (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 118, with further references, and *Hümmer*, cited above, § 37).

102. The principles to be applied in cases where a prosecution witness did not attend the trial and statements previously made by him were admitted as evidence have been summarised and refined in the judgment of the Grand Chamber of 15 December 2011 in *Al-Khawaja and Tahery* (cited above).

103. The Court reiterated in that judgment that Article 6 § 3 (d) enshrined the principle that, before an accused could be convicted, all evidence against him normally had to be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 118).

104. The Court must stress, in that context, the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (see *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008). Even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a “tribunal” competent to determine “any criminal charge”, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (see *Salduz*, cited above, § 50, referring to *Imbrioscia v. Switzerland*, 24 November 1993, § 36, Series A no. 275).

105. However, the use as evidence of statements obtained at the stage of a police inquiry and judicial investigation is not in itself inconsistent with Article 6 §§ 1 and 3 (d), provided that the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him – either when that witness is making his statements or at a later stage of the proceedings (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 118, with further references; see also *A.G. v. Sweden* (dec.), no. 315/09, 10 January 2012, and *Trampevski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 4570/07, § 44, 10 July 2012).

106. In its judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, the Court concluded that the admission as evidence of the statement of a witness who had been absent from the trial and whose pre-trial statement was the sole or decisive evidence against the defendant did not automatically result in a breach of Article 6 § 1. It reasoned that applying in an inflexible manner the so-called “sole or decisive rule” (under which a trial was unfair if a conviction was

based solely or to a decisive extent on evidence provided by a witness whom the accused had been unable to question at any stage of the proceedings – *ibid.*, §§ 128 and 147) would run counter to the traditional way in which the Court approached the right to a fair hearing under Article 6 § 1, namely to examine whether the proceedings as a whole had been fair. However, the admission of such evidence, because of the inherent risks for the fairness of the trial, constituted a very important factor to balance in the scales (*ibid.*, §§ 146-47).

107. According to the principles developed in *Al-Khawaja and Tahery*, it is necessary to examine in three steps the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of proceedings in which statements made by a witness who had not been present and questioned at the trial were used as evidence (*ibid.*, § 152). The Court must examine

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence (*ibid.*, §§ 119-25);

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (*ibid.*, §§ 119 and 126-47); and

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (*ibid.*, § 147).

108. As regards the applicability of the above principles in the context of the diverse legal systems in the Contracting States, and in particular in the context of both common-law and continental-law systems, the Court reiterates that, while it is important for it to have regard to substantial differences in legal systems and procedures, including different approaches to the admissibility of evidence in criminal trials, ultimately it must apply the same standard of review under Article 6 §§ 1 and 3 (d) irrespective of the legal system from which a case emanates (*ibid.*, § 130).

109. Furthermore, in cases arising from individual applications, the Court's task is not to review the relevant legislation in the abstract. Instead, it must confine itself, as far as possible, to examining the issues raised by the case before it (see, among many other authorities, *N.C. v. Italy* [GC], no. 24952/94, § 56, ECHR 2002-X, and *Taxquet*, cited above, § 83). When examining cases, the Court is of course mindful of the differences between the legal systems of the Contracting Parties to the Convention when it comes to matters such as the admission of evidence of an absent witness and the corresponding need for safeguards to ensure the fairness of the proceedings. It will have due regard in the instant case to such differences when examining, in particular, whether there were sufficient counterbalancing

factors to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested witness evidence (compare *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 146).

(b) The relationship between the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test

110. The Court considers that the application of the principles developed in *Al-Khawaja and Tahery* in its subsequent case-law discloses a need to clarify the relationship between the above-mentioned three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test when it comes to the examination of the compliance with the Convention of a trial in which untested incriminating witness evidence was admitted. It is clear that each of the three steps of the test must be examined if – as in *Al-Khawaja and Tahery* – the questions in steps one (whether there was a good reason for the non-attendance of the witness) and two (whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant’s conviction) are answered in the affirmative (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, §§ 120 and 147). The Court is, however, called upon to clarify whether all three steps of the test must likewise be examined in cases in which either the question in step one or that in step two is answered in the negative, as well as the order in which the steps are to be examined.

(i) Whether the lack of a good reason for a witness’s non-attendance entails, by itself, a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d)

111. As to the question whether the lack of a good reason for a witness’s non-attendance (first step of the *Al-Khawaja and Tahery* test) entails, by itself, a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, without it being necessary to examine the second and third steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test, the Court observes the following. In its judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, it considered that the requirement that there be a good reason for admitting the evidence of an absent witness was a “preliminary question” which had to be examined before any consideration was given as to whether that evidence was sole or decisive (*ibid.*, § 120). It further noted that it had found violations of Article 6 §§ 1 and 3 (d) even in cases in which the evidence of an absent witness had been neither sole nor decisive, when no good reason had been shown for the failure to have the witness examined (*ibid.*, with further references).

112. The Court observes that the requirement to provide a justification for not calling a witness has been developed in its case-law in connection with the question whether the defendant’s conviction was solely or to a decisive extent based on evidence provided by an absent witness (see

Al-Khawaja and Tahery, cited above, § 128). It further reiterates that the rationale underlying its judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, in which it departed from the so-called “sole or decisive rule”, was to abandon an indiscriminate rule and to have regard, in the traditional way, to the fairness of the proceedings as a whole (ibid., §§ 146-47). However, it would amount to the creation of a new indiscriminate rule if a trial were considered to be unfair for lack of a good reason for a witness’s non-attendance alone, even if the untested evidence was neither sole nor decisive and was possibly even irrelevant for the outcome of the case.

113. The Court notes that in a number of cases following the delivery of the judgment in *Al-Khawaja and Tahery* it took an overall approach to the examination of the fairness of the trial, having regard to all three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test (see *Salikhov v. Russia*, no. 23880/05, §§ 118-19, 3 May 2012; *Asadbeyli and Others v. Azerbaijan*, nos. 3653/05 and 5 others, § 134, 11 December 2012; *Yevgeniy Ivanov v. Russia*, no. 27100/03, §§ 45-50, 25 April 2013; and *Şandru v. Romania*, no. 33882/05, §§ 62-70, 15 October 2013). However, in other cases, the lack of a good reason for a prosecution witness’s absence alone was considered sufficient to find a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) (see *Rudnichenko v. Ukraine*, no. 2775/07, §§ 105-10, 11 July 2013, and *Nikolitsas v. Greece*, no. 63117/09, § 35, 3 July 2014; in the latter case the Court nevertheless addressed the others steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test, ibid., §§ 36-39). In yet other cases a differentiated approach was taken: the lack of good reason for a prosecution witness’s absence was considered conclusive of the unfairness of the trial unless the witness testimony was manifestly irrelevant for the outcome of the case (see *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, §§ 709-16, 25 July 2013; *Cevat Soysal v. Turkey*, no. 17362/03, §§ 76-79, 23 September 2014; and *Suldin v. Russia*, no. 20077/04, §§ 56-59, 16 October 2014). The Grand Chamber, in the light of the foregoing (see paragraphs 111-12 above), considers that the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial. This being said, the lack of a good reason for a prosecution witness’s absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d).

(ii) *Whether sufficient counterbalancing factors are still necessary if the untested witness evidence was neither sole nor decisive*

114. In its judgment in *Al-Khawaja and Tahery* the Court addressed the requirement of the existence of sufficient counterbalancing factors to secure a fair and proper assessment of the reliability of the evidence in the context

of cases in which convictions were based solely or to a decisive extent on the evidence of absent witnesses (*ibid.*, § 147).

115. As regards the question whether it is necessary to review the existence of sufficient counterbalancing factors even in cases in which the importance of an absent witness's evidence did not attain the threshold of sole or decisive evidence grounding the applicant's conviction, the Court reiterates that it has generally considered it necessary to carry out an examination of the overall fairness of the proceedings. This has traditionally included an examination of both the significance of the untested evidence for the case against the accused and of the counterbalancing measures taken by the judicial authorities to compensate for the handicaps under which the defence laboured (see *Gani v. Spain*, no. 61800/08, § 41, 19 February 2013, with further references; see also *Fafrowicz v. Poland*, no. 43609/07, §§ 58-63, 17 April 2012; *Sellick and Sellick v. the United Kingdom* (dec.), no. 18743/06, §§ 54-55, 16 October 2012 (concerning evidence of absent witnesses characterised as "important"); *Beggs v. the United Kingdom* (dec.), no. 15499/10, §§ 156-59, 16 October 2012 (concerning absent witness evidence characterised as only one piece of circumstantial evidence); *Štefančič v. Slovenia*, no. 18027/05, §§ 42-47, 25 October 2012 (concerning evidence by an absent witness classified as one out of several elements on which the applicant's conviction was based); and *Garofolo v. Switzerland* (dec.), no. 4380/09, §§ 52 and 56-57, 2 April 2013; but see also *Matytsina v. Russia*, no. 58428/10, §§ 164-65, 27 March 2014, and *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, no. 4184/10, §§ 150-51, 16 December 2014 (in both of which, in view of the low level of importance of the absent witness's testimony, the existence of counterbalancing factors was not examined).

116. Given that the Court's concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, it must review the existence of sufficient counterbalancing factors not only in cases in which the evidence given by an absent witness was the sole or decisive basis for the applicant's conviction but also in those cases where, following its assessment of the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence (described in more detail in paragraph 124 below), it finds it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission may have handicapped the defence. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair will depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors will have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair.

(iii) *As to the order of the three steps of the Al-Khawaja and Tahery test*

117. The Court observes that in *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, the requirement that there be a good reason for the non-attendance of the witness (first step), and for the consequent admission of the evidence of the absent witness, was considered as a preliminary question which had to be examined before any consideration was given as to whether that evidence was sole or decisive (second step – *ibid.*, § 120). “Preliminary”, in that context, may be understood in a temporal sense: the trial court must first decide whether there is good reason for the absence of the witness and whether, as a consequence, the evidence of the absent witness may be admitted. Only once that witness evidence is admitted can the trial court assess, at the close of the trial and having regard to all the evidence adduced, the significance of the evidence of the absent witness and, in particular, whether the evidence of the absent witness is the sole or decisive basis for convicting the defendant. It will then depend on the weight of the evidence given by the absent witness how much weight the counterbalancing factors (third step) will have to carry in order to ensure the overall fairness of the trial.

118. Against that background, it will, as a rule, be pertinent to examine the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test in the order defined in that judgment (see paragraph 107 above). However, all three steps of the test are interrelated and, taken together, serve to establish whether the criminal proceedings issue have, as a whole, been fair. It may therefore be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order, in particular if one of the steps proves to be particularly conclusive as to either the fairness or the unfairness of the proceedings (see in this connection, for instance, *Nechto v. Russia*, no. 24893/05, §§ 119-25 and 126-27, 24 January 2012; *Mitkus v. Latvia*, no. 7259/03, §§ 101-02 and 106, 2 October 2012; *Gani*, cited above, §§ 43-45; and *Şandru*, cited above, §§ 62-66, in all of which the second step, that is, the question whether the evidence of the absent witness was sole or decisive, was examined before the first step, that is, the question whether there was a good reason for the witness’s absence).

**(c) Principles relating to each of the three steps
of the *Al-Khawaja and Tahery* test**

(i) *Whether there was a good reason for the non-attendance of a witness at the trial*

119. Good reason for the absence of a witness must exist from the trial court’s perspective, that is, the court must have had good factual or legal grounds not to secure the witness’s attendance at the trial. If there was a

good reason for the witness's non-attendance in that sense, it follows that there was a good reason, or justification, for the trial court to admit the untested statements of the absent witness as evidence. There are a number of reasons why a witness may not attend a trial, such as absence owing to death or fear (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, §§ 120-25), absence on health grounds (see, for instance, *Bobeş v. Romania*, no. 29752/05, § 39, 9 July 2013; *Vronchenko v. Estonia*, no. 59632/09, § 58, 18 July 2013; and *Matytsina*, cited above, § 163) or the witness's unreachability.

120. In cases concerning a witness's absence owing to unreachability, the Court requires the trial court to have made all reasonable efforts to secure the witness's attendance (see *Gabrielyan v. Armenia*, no. 8088/05, § 78, 10 April 2012; *Tseber v. the Czech Republic*, no. 46203/08, § 48, 22 November 2012; and *Kostecki v. Poland*, no. 14932/09, §§ 65-66, 4 June 2013). The fact that the domestic courts were unable to locate the witness concerned or the fact that a witness was absent from the country in which the proceedings were conducted was found not to be sufficient in itself to satisfy the requirements of Article 6 § 3 (d), which requires the Contracting States to take positive steps to enable the accused to examine or have examined witnesses against him (see *Gabrielyan*, cited above, § 81; *Tseber*, cited above, § 48; and *Lučić v. Croatia*, no. 5699/11, § 79, 27 February 2014). Such measures form part of the diligence which the Contracting States have to exercise in order to ensure that the rights guaranteed by Article 6 are enjoyed in an effective manner (see *Gabrielyan*, cited above, § 81, with further references). Otherwise, the witness's absence is imputable to the domestic authorities (see *Tseber*, cited above, § 48, and *Lučić*, cited above, § 79).

121. It is not for the Court to compile a list of specific measures which the domestic courts must have taken in order to have made all reasonable efforts to secure the attendance of a witness whom they finally considered to be unreachable (see *Tseber*, cited above, § 49). However, it is clear that they must have actively searched for the witness with the help of the domestic authorities, including the police (see *Salikhov*, cited above, §§ 116-17; *Prăjină v. Romania*, no. 5592/05, § 47, 7 January 2014; and *Lučić*, cited above, § 79) and must, as a rule, have resorted to international legal assistance where a witness resided abroad and such mechanisms were available (see *Gabrielyan*, § 83; *Fąfrowicz*, § 56; *Lučić*, § 80; and *Nikolitsas*, § 35, all cited above).

122. The need for all reasonable efforts on the part of the authorities to secure the witness's attendance at the trial further implies careful scrutiny by the domestic courts of the reasons given for the witness's inability to attend trial, having regard to the specific situation of each witness (see *Nechto*, § 127; *Damir Sibgatullin*, § 56; and *Yevgeniy Ivanov*, § 47, all cited above).

(ii) *Whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction*

123. As regards the question whether the evidence of the absent witness whose statements were admitted in evidence was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (second step of the *Al-Khawaja and Tahery* test), the Court reiterates that "sole" evidence is to be understood as the only evidence against the accused (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 131). "Decisive" evidence should be narrowly interpreted as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supporting evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive (*ibid.*).

124. As it is not for the Court to act as a court of fourth instance (see *Nikolitsas*, cited above, § 30), its starting-point for deciding whether an applicant's conviction was based solely or to a decisive extent on the depositions of an absent witness is the judgments of the domestic courts (see *Beggs*, § 156; *Kostecki*, § 67; and *Horncastle and Others*, §§ 141 and 150, all cited above). The Court must review the domestic courts' evaluation in the light of the meaning it has given to "sole" and "decisive" evidence and ascertain for itself whether the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence was unacceptable or arbitrary (see *McGlynn v. the United Kingdom* (dec.), no. 40612/11, § 23, 16 October 2012, and *Garofolo*, cited above, §§ 52-53). It must further make its own assessment of the weight of the evidence given by an absent witness if the domestic courts did not indicate their position on that issue or if their position is not clear (see *Fafrowicz*, cited above, § 58; *Pichugin v. Russia*, no. 38623/03, §§ 196-200, 23 October 2012; *Tseber*, cited above, §§ 54-56; and *Nikolitsas*, cited above, § 36).

(iii) *Whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured*

125. As to the question whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured as a result of the admission of untested witness evidence at the trial (third step of the *Al-Khawaja and Tahery* test), the Court reiterates that these counterbalancing factors must permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 147).

126. The fact that the domestic courts approached the untested evidence of an absent witness with caution has been considered by the Court to be

an important safeguard (compare *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 161; *Gani*, cited above, § 48; and *Brzuszczyński v. Poland*, no. 23789/09, §§ 85-86, 17 September 2013). The courts must have shown that they were aware that the statements of the absent witness carried less weight (compare, for instance, *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 157, and *Bobeş*, cited above, § 46). The Court has taken into account, in that context, whether the domestic courts provided detailed reasoning as to why they considered that evidence to be reliable, while having regard also to the other evidence available (see *Brzuszczyński*, cited above, §§ 85-86 and 89; *Prájiná*, cited above, § 59; and *Nikolitsas*, cited above, § 37). It likewise has regard to any directions given to a jury by the trial judge as to the approach to be taken to absent witnesses' evidence (see, for instance, *Sellick and Sellick*, cited above, § 55).

127. An additional safeguard in that context may be to show, at the trial hearing, a video-recording of the absent witness's questioning at the investigation stage in order to allow the court, prosecution and defence to observe the witness's demeanour under questioning and to form their own impression of his or her reliability (see *A.G. v. Sweden*, cited above; *Chmura v. Poland*, no. 18475/05, § 50, 3 April 2012; *D.T. v. the Netherlands* (dec.), no. 25307/10, § 50, 2 April 2013; *Yevgeniy Ivanov*, cited above, § 49; *Rosin v. Estonia*, no. 26540/08, § 62, 19 December 2013; and *González Nájera v. Spain* (dec.), no. 61047/13, § 54, 11 February 2014).

128. A further considerable safeguard is the availability at the trial of corroborative evidence supporting the untested witness statement (see, *inter alia*, *Sică v. Romania*, no. 12036/05, §§ 76-77, 9 July 2013; *Brzuszczyński*, cited above, § 87; and *Prájiná*, cited above, §§ 58 and 60). Such evidence may comprise, *inter alia*, statements made at the trial by persons to whom the absent witness reported the events immediately after their occurrence (see *Al-Khawaja and Tahery*, § 156; *McGlynn*, § 24; *D.T. v. the Netherlands*, § 50; and *González Nájera*, § 55, all cited above), further factual evidence secured in respect of the offence, including forensic evidence (see, for instance, *McGlynn*, cited above, § 24 (DNA evidence)), or expert opinions on a victim's injuries or credibility (compare *Gani*, § 48; *González Nájera*, § 56; and *Rosin*, § 61, all cited above). The Court has further considered as an important factor supporting an absent witness's statement the fact that there were strong similarities between the absent witness's description of the alleged offence committed against him or her and the description, given by another witness with whom there was no evidence of collusion, of a comparable offence committed by the same defendant. This holds even more true if the latter witness gave evidence at the trial and that witness's

reliability was tested by cross-examination (compare *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 156).

129. Moreover, in cases in which a witness is absent and cannot be questioned at the trial, a significant safeguard is the possibility offered to the defence to put its own questions to the witness indirectly, for instance in writing, in the course of the trial (see *Yevgeniy Ivanov*, cited above, § 49, and *Scholer v. Germany*, no. 14212/10, § 60, 18 December 2014).

130. Another important safeguard countering the handicaps under which the defence labours as a result of the admission of untested witness evidence at the trial is to have given the applicant or defence counsel an opportunity to question the witness during the investigation stage (see, *inter alia*, *A.G. v. Sweden*; *Gani*, § 48; and *Şandru*, § 67, all cited above). The Court has found in that context that where the investigating authorities had already taken the view at the investigation stage that a witness would not be heard at the trial, it was essential to give the defence an opportunity to have questions put to the victim during the preliminary investigation (see *Rosin*, cited above, §§ 57 et seq., in particular §§ 57 and 60, and *Vronchenko*, cited above, §§ 61 and 63, both concerning the absence at the trial of a minor victim of a sexual offence for the protection of the child's well-being; and compare *Aigner v. Austria*, no. 28328/03, §§ 41-42, 10 May 2012, and *Trampevski*, cited above, § 45). Such pre-trial hearings are indeed often set up in order to pre-empt any risk that a crucial witness might not be available to give testimony at the trial (see *Chmura*, cited above, § 51).

131. The defendant must further be afforded the opportunity to give his own version of the events and to cast doubt on the credibility of the absent witness, pointing out any incoherence or inconsistency with the statements of other witnesses (see *Aigner*, § 43; *D.T. v. the Netherlands*, § 50; *Garofolo*, § 56; and *Gani*, § 48, all cited above). Where the identity of the witness is known to the defence, the latter is able to identify and investigate any motives the witness may have for lying, and can therefore contest effectively the witness's credibility, albeit to a lesser extent than in a direct confrontation (see *Tseber*, § 63; *Garofolo*, § 56; *Sicã*, § 73; and *Brzuszczyński*, § 88, all cited above).

2. Application of these principles to the present case

(a) Whether there was a good reason for the non-attendance of O. and P. at the trial

132. In the present case the Court shall first examine whether there was a good reason for the non-attendance of prosecution witnesses O. and P. at the trial from the trial court's perspective and, as a result, a good reason or

justification for that court to admit the untested statements of the absent witnesses as evidence (see paragraph 119 above).

133. In determining whether the Regional Court had good factual or legal grounds for not securing the witnesses' attendance at the trial, the Court would note at the outset that, as rightly stressed by the applicant, the Regional Court did not accept the witnesses' state of health or fear on their part as justification for their absence at the trial.

134. This is demonstrated by the fact that the Regional Court, by letters of 29 August 2007, asked the witnesses, who were now residing in Latvia, to appear at the hearing although they had previously refused to comply with the court's summons, relying on medical certificates indicating that they were in an unstable post-traumatic emotional and psychological state (see paragraphs 23-24 above). In addition, following the cancellation of the hearing by the Latvian court, before which the witnesses had again relied on medical certificates indicating that they were still suffering from post-traumatic stress disorder, the Regional Court indicated to the Latvian court that, according to the standards of German criminal procedure law, the witnesses had not sufficiently substantiated their refusal to testify. The Regional Court therefore suggested to the Latvian court that it have the witnesses' state of health and ability to testify examined by a public medical officer or, alternatively, that it compel them to attend the hearing in Latvia. The Latvian court did not respond to these suggestions (see paragraphs 26-27 above).

135. It was only after these efforts to hear the witnesses in person proved futile that the Regional Court found that there were insurmountable obstacles to its hearing the witnesses in the near future. Relying on Article 251 §§ 1 (2) and 2 (1) of the Code of Criminal Procedure, it therefore admitted the records of the witnesses' examination at the investigation stage as evidence in the proceedings (see paragraph 28 above). The reason for this measure by the Regional Court was therefore the witnesses' unreachability for the trial court, which lacked power to compel them to appear (that is, a procedural or legal ground), and not their state of health or fear on their part (a substantive or factual ground).

136. As required in cases concerning the absence of prosecution witnesses owing to unreachability, the Court must examine whether the trial court made all reasonable efforts to secure the witnesses' attendance (see paragraph 120 above). It notes in this regard that the Regional Court took considerable positive steps to enable the defence, the court itself and the prosecution to examine O. and P.

137. The Regional Court, having critically reviewed the reasons given by each witness for refusing to testify at the trial in Germany, as set out

in medical certificates submitted by them, and having, as shown above, considered these reasons insufficient to justify their non-attendance, contacted the witnesses individually, offering them different options in order to testify at the trial, which the witnesses declined.

138. The Regional Court then had recourse to international legal assistance and requested that the witnesses be summoned to appear before a Latvian court in order for the presiding judge of the Regional Court to examine them via a video-link and to enable the defence to cross-examine them. However, the hearing was cancelled by the Latvian court, which accepted the witnesses' refusal to testify on the basis of the medical certificates they had submitted. The Regional Court, having again critically reviewed the reasons given for the witnesses' inability to attend the trial, as mentioned above, then even suggested to the Latvian court that it have the witnesses' state of health examined by a public medical officer or that it compel the witnesses to attend the hearing, a suggestion which received no response (see, for more detail, paragraphs 23-27 above).

139. In view of these elements the Grand Chamber, sharing the Chamber's conclusion in this regard, finds that the Regional Court made all reasonable efforts within the existing legal framework (see paragraphs 64-66) to secure the attendance of witnesses O. and P. It did not have any other reasonable means within its jurisdiction, on the territory of Germany, to secure the attendance at the trial of O. and P., Latvian nationals residing in their home country. The Court considers, in particular, that there is nothing to indicate that the trial court would have been likely to obtain a hearing of the witnesses, within a reasonable time, following bilateral negotiations with the Republic of Latvia at the political level, as proposed by the applicant. In line with the principle *impossibilia nulla est obligatio*, the witnesses' absence was thus not imputable to the domestic court.

140. Accordingly, there was a good reason, from the trial court's perspective, for the non-attendance of O. and P. at the trial and, as a result, for admitting as evidence the statements they had made to the police and the investigating judge at the pre-trial stage.

(b) Whether the evidence of the absent witnesses was the sole or decisive basis for the applicant's conviction

141. In determining the weight of the evidence given by the absent witnesses and, in particular, whether the evidence given by them was the sole or decisive basis for the applicant's conviction, the Court has regard, in the first place, to the domestic courts' assessment. It observes that the Regional Court considered O. and P. to have been key witnesses for the prosecution (*maßgebliche Belastungszeuginnen*), but relied on further available evidence

(see paragraphs 32 and 36 above). The Federal Court of Justice, for its part, in dismissing the applicant's appeal on points of law, made a general reference to the reasoning provided by the Federal Public Prosecutor General before that court. The latter had argued that the said witness statements had been neither the sole nor the decisive basis for the applicant's conviction, as the Regional Court had based its findings on further significant evidence (see paragraph 49 above).

142. The Court finds that the domestic courts, which did not consider O.'s and P.'s witness statements as the sole (that is to say, only) evidence against the applicant, did not clearly indicate whether they considered the witness statements in question as "decisive" evidence as defined by the Court in its judgment in *Al-Khawaja and Tahery* (which itself was delivered after the domestic courts' decisions in the present case), that is, as being of such significance as to be likely to be determinative of the outcome of the case (see paragraph 123 above). The Regional Court's classification of the witnesses as "*maßgeblich*" (which, in addition to "key", may also be translated as "important", "significant" or "decisive") is not unambiguous in this regard. Moreover, the Federal Court of Justice's general reference to the reasoning given by the Federal Public Prosecutor General denying that the victims' statements were the sole or decisive basis for the applicant's conviction (see paragraph 49 above) cannot be understood as signifying that that court endorsed each and every argument made by the prosecutor.

143. In making its own assessment of the weight of the witness evidence in the light of the domestic courts' findings, the Court must have regard to the strength of the additional incriminating evidence available (see paragraph 123 above). It observes that the Regional Court had before it, in particular, the following further evidence concerning the offence: the hearsay statements made by the witnesses' neighbour E. and their friend L. at the trial concerning the account O. and P. had given them of the events of 3 February 2007; the applicant's own admission in the course of the trial that he had been in O.'s and P.'s flat at the relevant time, and had jumped from the balcony to follow P.; the geographical data and recordings of two mobile-telephone conversations between one of the co-accused and the applicant at the time of the offence, which revealed that the applicant had been in a flat at the scene of the crime and had jumped from the balcony to chase one of the escaping inhabitants; the GPS data revealing that the car of one of the co-accused had been parked near the witnesses' flat at the relevant time; and, finally, the evidence relating to the offence committed in Kassel on 14 October 2006 by the applicant and an accomplice.

144. The Court, having regard to these elements of evidence, cannot but note that O. and P. were the only eyewitnesses to the offence in question. The

other evidence available to the courts was either hearsay evidence or merely circumstantial technical and other evidence which was not conclusive as to the robbery and extortion as such. In view of these elements, the Court considers that the evidence of the absent witnesses was “decisive”, that is, determinative of the applicant’s conviction.

(c) Whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured

145. The Court must further determine, in a third step, whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate for the handicaps under which the defence laboured as a result of the admission of the decisive evidence of the absent witnesses. As shown above (see paragraphs 125-31), the following elements are relevant in this context: the trial court’s approach to the untested evidence; the availability and strength of further incriminating evidence; and the procedural measures taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial.

(i) The trial court’s approach to the untested evidence

146. As regards the domestic courts’ treatment of the evidence of O. and P., the Court observes that the Regional Court approached that evidence with caution. It expressly noted in its judgment that it had been obliged to exercise particular diligence in assessing the witnesses’ credibility, as neither the defence nor the court had been able to question and observe the demeanour of the witnesses at the trial.

147. The Court observes in that context that the Regional Court was unable to watch at the trial a video-recording of the witness hearing before the investigating judge, since no such recording had been made. It notes that trial courts in different legal systems have recourse to that possibility (see the examples in paragraph 127 above) which allows them, as well as the defence and the prosecution, to observe a witness’s demeanour under questioning and to form a clearer impression of the witness’s credibility.

148. The Regional Court, in its thoroughly reasoned judgment, made it clear that it was aware of the reduced evidentiary value of the untested witness statements. It compared the content of the statements made by both O. and P. at the investigation stage and found that the witnesses had given detailed and coherent descriptions of the circumstances of the offence. The trial court considered that minor contradictions in their statements could be explained by their concern not to disclose their professional activities to the authorities. It further observed that O.’s and P.’s inability to identify the applicant showed that they had not testified with a view to incriminating him.

149. The Court further observes that the Regional Court, in assessing the witnesses' credibility, also addressed different aspects of their conduct in relation to their statements. It took into account the fact that they had not reported the offence to the police immediately and that they had failed to attend the trial without an adequate excuse. It considered that there were explanations for that conduct – namely their fear of encountering problems with the police or of acts of revenge by the perpetrators, and their unease about having to recall and be questioned about the offence – which did not affect their credibility.

150. In view of the foregoing, the Court considers that the Regional Court examined the credibility of the absent witnesses and the reliability of their statements in a careful manner. It notes in that context that its task of reviewing the trial court's approach to the untested evidence is facilitated by the fact that the Regional Court, as is usual in a continental-law system, gave reasons for its assessment of the evidence before it.

(ii) Availability and strength of further incriminating evidence

151. The Court further observes that the Regional Court, as shown above (see paragraphs 143-44), had before it some additional incriminating hearsay and circumstantial evidence supporting the witness statements made by O. and P.

(iii) Procedural measures aimed at compensating for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial

152. The Court observes that the applicant had the opportunity to give his own version of the events on 3 February 2007 – an opportunity of which he availed himself – and also to cast doubt on the credibility of the witnesses, whose identity had been known to him, by cross-examining the other witnesses giving hearsay evidence at his trial.

153. The Court notes, however, that the applicant did not have the possibility of putting questions to O. and P. indirectly, for instance in writing. Moreover, neither the applicant himself nor his lawyer was given the opportunity at the investigation stage to question these witnesses.

154. The Court observes in that context that the parties disagreed as to whether or not the refusal to appoint defence counsel for the applicant and to permit counsel to take part in the witnesses' hearing before the investigating judge had complied with domestic law. The Court considers that it is not necessary for the purposes of the present proceedings for it to take a final stance on that question. It reiterates that in examining compliance with Article 6 of the Convention, it is not its function to determine whether the domestic courts acted in accordance with domestic law (compare *Schenk v.*

Switzerland, 12 July 1988, § 45, Series A no. 140; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 94, ECHR 2006-IX; and *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, § 84, 1 March 2007), but to evaluate the overall fairness of the trial in the particular circumstances of the case, including the way in which the evidence was obtained (see paragraph 101 above).

155. The Court considers that in the present case it is sufficient for it to note that, under the provisions of German law, the prosecution authorities could have appointed a lawyer for the applicant (Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure, read in conjunction with Article 140 § 1). That lawyer would have had the right to be present at the witness hearing before the investigating judge and, as a rule, would have had to be notified thereof (Article 168c §§ 2 and 5 of the Code of Criminal Procedure). However, these procedural safeguards, which existed in the Code of Criminal Procedure and were reinforced by their interpretation by the Federal Court of Justice (see paragraphs 58-59 above), were not used in the applicant's case.

156. The Court would stress that, while Article 6 § 3 (d) of the Convention concerns the cross-examination of prosecution witnesses at the trial itself, the way in which the prosecution witnesses' questioning at the investigation stage was conducted holds considerable importance for, and is likely to prejudice, the fairness of the trial itself where key witnesses cannot be heard by the trial court and the evidence obtained at the investigation stage is therefore introduced directly at the trial (see paragraph 104 above).

157. In such circumstances, it is vital for the determination of the fairness of the trial as a whole to ascertain whether the authorities, at the time of the witness hearing at the investigation stage, proceeded on the assumption that the witness would not be heard at the trial. Where the investigating authorities took the reasonable view that the witness concerned would not be examined at the hearing of the trial court, it is essential for the defence to have been given an opportunity to put questions to the witness at the investigation stage (compare also *Vronchenko*, cited above, §§ 60 et seq., and *Rosin*, cited above, §§ 57 et seq., where the minor victims of a sexual offence were promised at the investigation stage that they would not be asked questions about the offence on any further occasions).

158. The Court notes in this regard that the applicant challenged the Regional Court's finding that the witnesses' absence at the trial had not been foreseeable. It agrees with the applicant that the witnesses were heard by the investigating judge because, in view of the witnesses' imminent return to Latvia, the prosecution authorities considered that there was a danger of their evidence being lost. This is shown by the reasoning of the prosecution's own request to the investigating judge to hear O. and P. speedily in order to obtain a true statement which could be used at the subsequent trial

(see paragraph 20 above). The Court observes in that context that, under Article 251 § 1 of the Code of Criminal Procedure, the written records of a witness's previous examination by an investigating judge may be read out at the trial under less strict conditions than the records of a witness examination by the police (Article 251 § 2 of the Code of Criminal Procedure; see paragraph 61 above).

159. The Court observes that in the present case the authorities were aware that O. and P. had not pressed charges against the perpetrators immediately for fear of problems with the police and acts of revenge by the perpetrators, that they had been staying in Germany only temporarily while their families remained in Latvia and that they had explained that they wished to return to their home country as soon as possible. In these circumstances, the prosecution authorities' assessment that it might not be possible to hear evidence from those witnesses at a subsequent trial against the applicant in Germany indeed appears convincing.

160. Despite this, the prosecution authorities did not give the applicant an opportunity – which he could have been given under the provisions of domestic law – to have O. and P. questioned at the investigation stage by a lawyer appointed to represent him. By proceeding in that manner, they took the foreseeable risk, which subsequently materialised, that neither the accused nor his counsel would be able to question O. and P. at any stage of the proceedings (see, for the importance of counsel's presence at the hearing of prosecution witnesses by the investigating judge, *Hümmer*, cited above, §§ 43 and 48).

(iv) Assessment of the trial's overall fairness

161. In assessing the overall fairness of the trial, the Court will have regard to the available counterbalancing factors, viewed in their entirety in the light of its finding to the effect that the evidence given by O. and P. was “decisive” for the applicant's conviction (see paragraph 144 above).

162. The Court observes that the trial court had before it some additional incriminating evidence regarding the offence of which the applicant was found guilty. However, the Court notes that hardly any procedural measures were taken to compensate for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial. In the Court's view, affording the defendant the opportunity to have a key prosecution witness questioned at least during the pre-trial stage and via his counsel constitutes an important procedural safeguard securing the accused's defence rights, the absence of which weighs heavily in the balance in the examination of the overall fairness of the proceedings under Article 6 §§ 1 and 3 (d).

163. It is true that the trial court assessed the credibility of the absent witnesses and the reliability of their statements in a careful manner, thus attempting to compensate for the lack of cross-examination of the witnesses, and that the applicant had the opportunity to give his own version of the events in Göttingen. However, in view of the importance of the statements of the only eyewitnesses to the offence of which he was convicted, the counterbalancing measures taken were insufficient to permit a fair and proper assessment of the reliability of the untested evidence.

164. The Court considers that, in these circumstances, the absence of an opportunity for the applicant to examine or have examined O. and P. at any stage of the proceedings rendered the trial as a whole unfair.

165. Accordingly, there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

166. 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.”

167. The applicant did not make any claims for just satisfaction in his observations dated 25 June 2013 in reply to the Government’s observations before the Chamber. He claimed 30,000 euros (EUR) in compensation and EUR 10,000 in costs and expenses, both in the application form and at the hearing before the Grand Chamber, without providing any further details or documentary proof.

168. The Government did not comment on the question of just satisfaction in the proceedings before the Court.

169. Under Rule 60 § 2 of the Rules of Court an applicant must submit itemised particulars of all claims, together with any relevant supporting documents, within the time-limit fixed for the submission of the applicant’s observations on the merits. If the applicant fails to comply with these requirements, the Court may reject the claim in whole or in part (Rules 60 § 3 and 71). In its letter dated 15 May 2013, the Court drew the applicant’s attention to the fact that these requirements applied even if he had indicated his wishes concerning just satisfaction at an earlier stage of the proceedings.

170. The Court observes that the applicant failed to submit any just-satisfaction claims, together with any relevant supporting documents, within the time-limit fixed therefor in the proceedings before the Chamber. The applicant, who had been granted legal aid in the proceedings before the

Court, likewise did not submit new quantified claims, together with the required supporting documents, in respect of additional costs and expenses incurred in the proceedings before the Grand Chamber. The Court, having regard to Rule 60, therefore makes no award under Article 41 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds*, by nine votes to eight, that there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention;
2. *Dismisses*, unanimously, the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 15 December 2015.

Lawrence Early
Jurisconsult

Dean Spielmann
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) joint concurring opinion of Judges Spielmann, Karakaş, Sajó and Keller;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney and Kūris;
- (c) dissenting opinion of Judge Kjølbros.

D.S.
T.L.E.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES SPIELMANN, KARAKAŞ, SAJÓ AND KELLER

1. We agree with the view of the majority as far as the violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention is concerned. However, we have some concerns that the majority’s clarification of the judgment rendered in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* ([GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011) will result in a weakening of the fundamental role of defence rights.

2. Firstly, we shall first explain our concerns with regard to the new approach to the application of the three-step test developed by the Court in *Al-Khawaja and Tahery* (I), before highlighting some critical points concerning the application of those principles in the case at hand (II).

I. Clarification of the “sole or decisive rule”

3. The crucial issue underlying the present case is the extent to which the Court may apply the criteria of the three-step approach in a different order, and whether the fact that there is no good reason for the non-attendance of a witness will *automatically* lead to a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) or whether the other steps still have to be examined.

4. The Court firstly made clear that the lack of a good reason for the absence of a witness during the main trial does not *automatically* result in a breach of Article 6 § 1 of the Convention (see paragraph 113 of the present judgment). Secondly, it considered whether, in cases where it remains unclear if the evidence provided by that witness was the sole or decisive basis for the accused’s conviction, it still has to evaluate the counterbalancing factors. The Court also answered this question in the affirmative, finding that such evaluation was necessary in order to ascertain the overall fairness of the proceedings (see paragraph 116). It took the view that all three steps are interrelated and that the fairness of the proceedings should be measured in the light of all of the criteria (see paragraph 118).

5. We partly disagree with this clarification. We start from the assumption that the aim of the three-step test in *Al-Khawaja and Tahery* was to lend substance to the overall-fairness test in situations in which the accused could not confront witnesses in person but the statements of the witnesses were nonetheless used as incriminating evidence.

6. We understand the three steps outlined in *Al-Khawaja and Tahery* as three independent – although related – steps. We would have preferred the Court to state that the unjustified absence of a witness amounts to a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention, even if his or her statement

was not the sole or decisive basis for the accused’s conviction, if it was of some importance to the trial. In other words, if the national authorities fail to provide good reasons for the absence of the witness, the Court need not examine the second and third steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test. This approach has already been applied by the Court in *Gabrielyan v. Armenia* (no. 8088/05, §§ 77 and 84, 10 April 2012), *Rudnichenko v. Ukraine* (no. 2775/07, §§ 105-10, 11 July 2013), *Nikolitsas v. Greece* (no. 63117/09, § 35, 3 July 2014) and *Karpyuk and Others v. Ukraine* (nos. 30582/04 and 32152/04, § 108, 6 October 2015, not yet final at the time of writing). For example, in *Rudnichenko* the Court found a violation based solely on the first step and stated clearly:

“The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there were no reasons, let alone good reasons, for the restriction of the applicant’s right to obtain the examination of the witness ... In these circumstances, the Court does not consider it necessary to proceed with the second part of the test ...” (see *Rudnichenko*, cited above, § 109; in the same vein, see, for example, *Suldin v. Russia*, no. 20077/04, § 58, 16 October 2014).

In other cases the approach seems less clear, but there has at least been a trend towards finding that the unjustified absence of a main witness amounts to a breach of the Convention (see *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, § 715, 25 July 2013, and *Cevat Soysal v. Turkey*, no. 17362/03, §§ 77-78, 23 September 2014).

7. We regret that the majority in the present case proceeded to test the other steps even absent a good reason for the non-appearance of witnesses. In our view, the defence must have the possibility of challenging any witness testimony that is of some importance to the trial. If the national courts cannot advance “good reasons” for the absence of a witness, then there has been a violation of Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. Not only for logical reasons, but also in the interests of the efficiency of the Court’s work and procedural economy, we would opt for finding a violation at this early stage of the judgment under such circumstances.

8. In addition to the above, we consider a further remark to be necessary. The Court’s approach (see paragraphs 123-24 of the present judgment) reduces the importance of the second step of the three-step test (whether the evidence was “sole or decisive”). The national judge will in reality avoid characterising a hearsay statement as “sole or decisive”. The case at hand is a good example of this problem. The national courts characterised the statements of O. and P. as “maßgeblich”, meaning decisive, thus identifying O. and P. as key witnesses. In this regard it is important that the Court look beyond the wording of the national court’s characterisation, in the light of the second step (as done in paragraphs 143-44 of the present judgment).

Otherwise, this approach will in fact lead to a two-step test, under which it is only necessary to examine whether there were good reasons for the non-attendance of the witness and sufficient counterbalancing factors.

9. Finally, we agree that the Court should scrutinise carefully whether the national authorities applied sufficient counterbalancing measures (see paragraphs 125 et seq.).

II. Application of these principles to the case at hand

10. In the present case, the Court first examined whether there had been a good reason for the non-attendance of O. and P. at the trial. It went on to determine whether the evidence given by those two witnesses had been sole or decisive for the criminal conviction of the defendant by the domestic courts. After responding to these questions in the affirmative, the Court then examined the various counterbalancing factors, ending with an assessment of the overall fairness of the trial.

11. We agree with the majority's finding in paragraph 140 that there was good reason for the non-attendance of O. and P. It is unnecessary to determine at this stage whether these reasons were sufficient. In any event, the trial court made all reasonable efforts to ensure the appearance of the witnesses at trial.

12. We fully subscribe to the Court's finding in paragraph 144. We would like to stress that the simple fact that O. and P. were the only eyewitnesses to the relevant events sufficed for the Court to regard their evidence as "decisive" (see also paragraph 8 above in this connection).

13. Before considering the last part of the *Al-Khawaja and Tahery* test (counterbalancing factors), a preliminary remark is necessary. There is a recent trend at the national level to shift procedural measures which belong to the trial stage forward to the investigation stage; the proceedings against the applicant in the present case are a good example of this trend. When the Court finds itself confronted with such a shift, we see two different possible reactions. On the one hand, the Court could find that bringing procedural steps forward to the investigation stage is entirely incompatible with the Convention. This is not the approach that the Court has adopted. On the other hand, the Court could allow such procedural measures to be taken as early as the investigative stage. However, if the Court considers this shifting of procedural measures to the investigation stage to be in accordance with the Convention, it must make unmistakably clear that the relevant procedural safeguards must be rigorously adhered to. Otherwise, the right to confront a witness at the trial stage would be seriously undermined. In *Salduz v. Turkey* ([GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008), this Court already stressed "the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal

proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial”.

14. That being so, we see some difficulties in the case in issue. German law provides two safeguards for the situation at hand. Under Article 168c § 2 of the Code of Criminal Procedure (“the CCP”), the accused (and his or her lawyer) is allowed to be present if a witness is questioned by a judge at the pre-trial stage. In exceptional cases the accused may be excluded if his or her presence would endanger the outcome or purpose of the questioning, in particular if it is reasonably to be feared that a witness will not tell the truth in the presence of the accused (Article 168c § 3 of the CCP). We have doubts as to whether the exclusion of the accused in the case in issue was in accordance with the requirements of Article 168c § 3 of the CCP. The accused and the witnesses already knew each other. In this regard, the case can be differentiated from that in *Pesukic v. Switzerland* (no. 25088/07, 6 December 2012) in which the disclosure of the witness’s identity was at stake. However, if the accused is excluded, his or her defence counsel is entitled to be present.

15. The second safeguard must be considered in the light of the first. According to Article 141 § 3 of the CCP, the prosecutor can provide defence counsel to assist the accused during the pre-trial stage. Independently of the uncertainty regarding the correct interpretation of this provision (see paragraphs 58 et seq. and 154 of the present judgment), the national authorities failed to give reasons why the standard of Article 141 § 3 of the CCP did not apply to the applicant in the present case.

16. In the light of the special circumstances of the case at hand, the non-application of both safeguards provided for in domestic law must be seen as a serious shortcoming in the pre-trial proceedings. If those safeguards are not rigorously applied in the early stages of the investigations, the rights guaranteed by Article 6 § 3 (d) of the Convention during the trial stage may lose their importance.

III. Conclusion

17. If the Grand Chamber allows an overall assessment of the fairness of proceedings to be conducted in the absence of good reasons for the non-attendance of a witness, the right to confront witnesses will become very weak. We agree that within the three-step test there must be a degree of flexibility. However, an approach that unconditionally leads to a final overall examination of the fairness of the proceedings would give too much leeway to the national authorities. This application of the three-step examination would imply that there was no need for the different steps as long as the overall-fairness test was fulfilled.

18. The Court’s overly cautious approach is also evident in paragraph 118 of the present judgment. Although the order of the three questions is pertinent in principle, the majority stated that it “may ... be appropriate, in a given case, to examine the steps in a different order”. We are not convinced that the Court has given clear guidance to the national authorities as to the appropriate application of the *Al-Khawaja and Tahery* test.

19. We have a reasonable fear that the clarification provided by the Court in this case (which will be known as the “*Schatschaschwili* test” in the future) can be summarised in one single question: were the proceedings fair as a whole? This overall test is not, in our view, a step in the direction of strengthening the rights guaranteed by Article 6 § 3 (d) of the Convention.

JOINT DISSENTING OPINION OF
JUDGES HIRVELÄ, POPOVIĆ, PARDALOS,
NUSSBERGER, MAHONEY AND KÜRIS

1. We regret that we are unable to agree with the view of the majority that the applicant's rights under Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention were violated in the present case.

A. As to the recapitulation of the relevant principles

2. We should make it clear at the outset that our difference of opinion with the majority of the Grand Chamber does not relate to the recapitulation of the general principles relevant to the case, in respect of which we are in full agreement with the majority.

3. In our view, the Grand Chamber's judgment in the present case confirms the principles the Court established in its judgment of 15 December 2011 in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* ([GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011). It further clarifies the relationship between the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test for examining the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of proceedings in which statements made by a prosecution witness who was not present and questioned at the trial were used as evidence.

4. The need for clarification, which had become apparent in the Court's post *Al-Khawaja and Tahery* case-law in cases in which the factual situations differed from that in issue in that judgment, essentially concerned three points.

5. Firstly, the Grand Chamber clarified that the absence of good reason for the non-attendance of a prosecution witness is not of itself conclusive of the unfairness of a trial. It is, however, a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial. We agree with the Grand Chamber's finding in the present case that the rationale underlying the Court's judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, in which it departed from the so-called "sole or decisive rule", was to abandon an indiscriminate rule and to have regard, in the traditional way, to the fairness of the proceedings as a whole. It would have amounted to the creation of a new indiscriminate rule if a trial were considered to be unfair for lack of a good reason for a witness's non-attendance alone, even if the untested evidence was neither sole nor decisive and was possibly even irrelevant for the outcome of the case (see paragraph 112 of the present judgment). In line with that finding, a large majority of the *Al-Khawaja and Tahery* follow-up cases did indeed not consider the lack of good reason for a prosecution witness's absence alone to

entail an automatic breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d) (for further references, see paragraph 113 of the present judgment).

6. Secondly, we agree with the majority that, given that the Court's concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, it must review the existence of sufficient counterbalancing factors also in cases where the untested witness evidence was neither the sole nor the decisive basis for the defendant's conviction, but carried significant weight (see paragraph 116).

7. Thirdly, we equally consider that the order in which the three steps are to be examined as defined in *Al-Khawaja and Tahery* is, as a rule, pertinent, even though it may be appropriate in certain circumstances to depart from that order (see paragraph 118).

8. Lastly, we agree with the summary of the principles relating to each of the three steps of the *Al-Khawaja and Tahery* test in the present judgment (see paragraphs 119-31). These give guidance, in particular, on how to assess the unreachability of a witness and what kind of efforts are required from the domestic authorities to reach the witness, how to evaluate whether evidence was the sole or decisive basis for a defendant's conviction and what kind of substantive or procedural counterbalancing factors can serve to compensate for the handicaps under which the defence laboured as a result of the admission of untested witness evidence at the trial.

B. As to the application of these principles to the present case

9. Where we part company with the majority is on the question of the application of the relevant principles to the present case. We agree with the majority's finding that there was a *good reason for the non-attendance of the witnesses*, O. and P., at the trial and, as a result, for admitting the statements they had made to the police and the investigating judge at the pre-trial stage as evidence, and with the reasoning given therefor. We can also accept the majority's conclusion that the evidence of the absent witnesses was a decisive, albeit not the sole, basis for the applicant's conviction in the present case, as they were the only eyewitnesses to the offence in question.

10. In view of this finding, we consider it necessary to examine whether there were *sufficient counterbalancing factors* to compensate for the handicaps under which the defence laboured. In contrast to the majority's finding, we take the view that the counterbalancing factors were sufficient in the present case.

11. As to the assessment of the different counterbalancing factors present, we agree with the majority's finding that the Regional Court examined the credibility of the absent witnesses and the reliability of their statements in a careful manner and we consider its examination to have been particularly thorough.

12. But, contrary to the majority, we find that the Regional Court had before it very strong and coherent additional incriminating evidence regarding the offence of robbery combined with extortion of which the applicant was convicted. Not only did the evidence comprise a complete account of the events given by two additional witnesses (the witnesses' neighbour E. and their friend L.), albeit in the form of hearsay evidence only, it was also fully supported by very strong direct and reliable technical evidence. The latter included, in particular, the geographical data and recordings of two mobile-telephone conversations proving that the applicant had been in a flat at the scene of the crime and had jumped from the balcony to chase one of the escaping inhabitants. Finally, the evidence relating to the offence committed in Kassel on 14 October 2006 by the applicant and an accomplice, in respect of which all the witnesses testified at the trial, bore striking similarities to the offence committed in Göttingen as regards the victims chosen, the place of the offence and the manner in which the perpetrators proceeded. Furthermore, we cannot but note that the applicant himself admitted in the course of the trial that he had been in the witnesses' flat at the relevant time and had followed P. when she had escaped over the balcony, arguing that he had done so for fear of getting into trouble and because of the problems he had previously encountered with prostitutes on a similar occasion in Kassel (see paragraph 44 of the present judgment).

13. As regards the procedural measures aimed at compensating for the lack of opportunity to directly cross-examine the witnesses at the trial, we observe that the domestic courts did not consider it contrary to Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure, read in conjunction with Article 140 § 1 and as interpreted by the Federal Court of Justice (see paragraphs 28-29, 57-59 and 62 of the present judgment), that no defence counsel had been appointed to represent the applicant at the time of the witness hearing before the investigating judge. We take note in that context of the Government's explanation (see paragraph 94) to the effect that, under Article 168c § 5 of the Code of Criminal Procedure, the trial court was authorised to dispense with giving notice of the hearing to any lawyer appointed to represent the applicant if it considered that notification would endanger the success of the investigation.

14. We agree with the majority that the way in which the prosecution witnesses' questioning at the investigation stage was conducted attains considerable importance for, and can prejudice, the fairness of the trial itself where key witnesses cannot be heard by the trial court and the evidence obtained at the investigation stage is therefore introduced directly into the trial. However, we disagree with the majority as regards its finding that the prosecution authorities, at the time of the questioning of the witnesses

at the investigation stage in the absence of the applicant and his counsel, proceeded on the assumption that the witnesses could not be heard at the trial.

15. We share the applicant's view that O. and P. were heard by the investigating judge because, owing to the witnesses' imminent return to Latvia, the prosecution authorities considered that there was a danger of their evidence being lost. This is shown by the reasoning of the prosecution's own request to the investigating judge to hear evidence from O. and P. speedily. However, the fact that it must be considered as foreseeable that the witnesses would leave Germany shortly after the hearing before the investigating judge cannot be equated, in our view, to a finding that it would have been impossible to hear evidence from them in person at a subsequent trial, at least via a video-link. The witnesses were to leave for a State, Latvia, which was bound by international treaties to provide assistance in criminal matters to the German authorities, including the hearing of witness evidence by videoconference. We see our finding further confirmed by the applicant's own submission that he had assumed that he would be able to cross-examine the witnesses at the trial and had not therefore had any reason to request a repetition of the witnesses' hearing by the investigating judge (see paragraph 82 of the present judgment).

16. To conclude, we agree with the majority that affording the defendant the opportunity to have key prosecution witnesses questioned at least during the pre-trial stage and via their counsel constitutes an important procedural safeguard, the absence of which weighs heavily in the balance in the examination of the overall fairness of the proceedings under Article 6 §§ 1 and 3 (d). Despite this, in the circumstances of the present case, there were other strong safeguards permitting the trial court properly to assess the reliability of the evidence before it. In particular, there was very strong and coherent additional incriminating evidence regarding the offence of which the applicant was found guilty. In addition, the trial court made a particularly thorough and careful examination of the credibility of the absent witnesses and of the reliability of their statements. In these circumstances, the absence of an opportunity for the applicant to examine or have examined O. and P. at any stage of the proceedings did not, in our view, render the trial as a whole unfair.

DISSENTING OPINION OF JUDGE KJØLBRO

1. I have some hesitations as regards the Grand Chamber’s clarification of the Court’s case-law and the three steps established in *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* ([GC], nos. 26766/05 and 22228/06, ECHR 2011). Furthermore, I disagree with the Grand Chamber’s assessment of the present case, and I voted against finding a violation of Article 6 § 1 of the Convention. Below, I will briefly explain my view on the two issues mentioned.

The Grand Chamber’s clarification of the so-called “*Al-Khawaja and Tahery* criteria”

2. Consistency of the Court’s case-law is very important for the credibility and legitimacy of the Court and for the domestic authorities’ compliance with the Convention and application of the Court’s case-law. The Court should not, without good reason, depart from precedents laid down in previous cases (see *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, § 81, ECHR 2009). This applies in particular to recent Grand Chamber judgments. Furthermore, the Court should not clarify and further develop its case-law unless there are good reasons to do so.

3. In 2011 the Grand Chamber clarified and further developed the Court’s long-standing case-law on the use as evidence of written statements by absent witnesses. In *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, the Grand Chamber established the three steps to be applied as well as their order. Firstly, there has to be “a good reason” for the non-attendance of the witness. Secondly, it has to be assessed whether the statement of the absent witness is the “sole or decisive” evidence. Thirdly, if the written statement is the sole or decisive basis for convicting the accused, there have to be sufficient “counterbalancing factors”. In my view, the Court could easily have determined the present case on the basis of the criteria established in *Al-Khawaja and Tahery*, thereby confirming that recent Grand Chamber judgment.

4. The Grand Chamber’s clarifications in the present judgment should not, in my view, be understood as a departure from the three-step test established in *Al-Khawaja and Tahery*, which should therefore still be applied in similar cases in the future. For that reason I find it necessary to make a few additional remarks on the criteria to be applied.

5. Firstly, if there is no good reason for the non-attendance of a witness, the domestic court should, as a main rule, not allow the prosecutor to use the written statement of the absent witness as evidence against the accused (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, §§ 120-25).

6. If the statement of the absent witness, in the view of the prosecutor, is of such relevance and importance to the case that it should be used as evidence, the witness should be summoned to appear before the trial court and give evidence unless there is a good reason for non-attendance. If there is no good reason for the non-attendance of the witness in question, the domestic court should not allow the prosecutor to use the written statement as evidence against the accused.

7. Failure to summon a witness, without any good reason, would run counter to the rights of the defence to cross-examine prosecution witnesses. That being said, I agree that the absence of a good reason for the non-attendance of a witness will not necessarily and automatically render the trial unfair (see paragraph 113 of the present judgment). However, this clarification of the Court’s case-law cannot be understood as implying a general departure from the main rule. According to that rule, if the statement of an absent witness is of such relevance and importance to the case that the domestic court will allow it to be used as evidence against the accused, there should be a good reason for not summoning the witness to give testimony at the hearing.

8. Secondly, the “sole and decisive evidence” test has, with some minor variations in terminology, been applied consistently since the Court’s judgment in *Unterpertinger v. Austria* (24 November 1986, § 33, Series A no. 110). Prior to the Court’s judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, the Court would find a violation of Article 6 of the Convention if the written statement of the absent witness was the “sole or decisive” basis for the conviction of the accused.

9. In *Al-Khawaja and Tahery* (cited above, § 131), the Court also applied the “sole or decisive” test, while defining what was meant by “sole” and “decisive”. At the same time, the Court further developed its case-law by saying that “where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1” (*ibid.*, § 147).

10. However, both prior to and subsequent to the judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, the question to be asked has been whether the written statement of the absent witness was the “sole or decisive” evidence.

11. In the present case the Grand Chamber stated that “it must review the existence of sufficient counterbalancing factors not only in cases in which the evidence given by an absent witness was the sole or decisive basis for the applicant’s conviction” but also in cases where the Court “finds it unclear whether the evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight” (see paragraph 116 of the present judgment).

12. I find it important to emphasise that the term “significant weight” is not to be understood as a departure from the “sole or decisive” test, thereby

creating three categories: “sole evidence”, “decisive evidence” or “evidence carrying significant weight”. The clarification does not imply a departure from the “sole or decisive” test, but takes account of the fact that sometimes, having regard to the statement in question and the reasoning of the domestic courts, it may be evident that a statement carries “significant weight”, but at the same time it may be difficult to determine whether the statement is “decisive” for a conviction. If that is the case, the written statement should be treated, by the domestic court as well as the Court, as “decisive”.

13. Therefore, in my view, the clarification does not imply a departure from the “sole or decisive” test.

14. Thirdly, the order of the three steps follows clearly from the *Al-Khawaja and Tahery* judgment. Firstly, there has to be “a good reason” for the non-attendance of the witness. It will only be relevant to assess the other steps if the first question is answered in the affirmative (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 120). Secondly, it has to be assessed whether the written statement of the absent witness is “the sole or decisive evidence”. It will only be relevant to assess the third step if the second question is answered in the affirmative (*ibid.*, § 147). Thirdly, if the written statement is the sole or decisive basis for convicting the accused, there have to be “sufficient counterbalancing factors” (*ibid.*).

15. There are very good reasons for the order of the steps of the test. The question of the use of written statements by absent witnesses will arise at different stages of the proceedings. Firstly, the question will arise when the trial court assesses a request from the prosecutor to use the written statement of an absent witness as evidence against the accused, or an objection from the defence to such a measure. This assessment will take place during the hearing. Secondly, the question will arise when the trial court assesses whether there is sufficient basis for convicting the accused. This assessment will take place at the end of the hearing. Thirdly, the question will arise when the fairness of the criminal proceedings is assessed, either by a domestic appeal court or subsequently by the Court. At the point where the trial court decides whether the prosecutor should be allowed to use a written statement by an absent witness as evidence, it will often be difficult, if not impossible, to assess whether the evidence will be the sole or decisive basis for a conviction. Therefore, in practice, the three steps will in most cases have to be assessed in the order stated in *Al-Khawaja and Tahery*, and, most often, at different moments in time. Furthermore, the principles whereby all evidence against an accused must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument, and the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, are so important that they should not be departed from

unless there is a good reason to do so. Doing so without a good reason will in most if not all cases render the proceedings unfair.

16. Therefore, I would like to emphasise the importance not only of the three steps in *Al-Khawaja and Tahery*, but also of the order in which they should be considered. That being said, I would not exclude the possibility that there may be situations where the three steps may be assessed in a different order. For example, in some cases it will be clear to the trial court at the outset that the written statement will be the sole or decisive evidence and that it would therefore render the proceedings unfair if the evidence was admitted and used. Likewise, there may be situations where the Court, for practical reasons, finds it appropriate to assess the three steps in a different order. Nevertheless, the three steps should, as a rule, be assessed in the order prescribed in *Al-Khawaja and Tahery*.

The Grand Chamber’s assessment of the present case

17. I agree with the majority that there was a “good reason” for the non-attendance of the two prosecution witnesses, O. and P. (see paragraphs 132-40 of the present judgment).

18. I also concur with the majority that the written statements by the two absent witnesses O. and P. were “decisive” for the applicant’s conviction, within the meaning of the Court’s case-law (see paragraphs 141-44).

19. However, I disagree with the majority as regards the fairness of the trial. In my view, and as explained below, there were sufficient “counterbalancing factors” to render the applicant’s trial fair.

20. In *Al-Khawaja and Tahery* (cited above, § 147) the Court held as follows:

“The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of [the] evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.”

Thus, the purpose of “counterbalancing factors” is to ensure that “a fair and proper assessment of the reliability of the evidence” takes place and that the evidence “is sufficiently reliable”.

21. As rightly pointed out by the majority, the trial court approached the evidence with caution (see paragraphs 146-50 of the present judgment). However, in my view, the majority attaches too little weight to the availability and strength of further incriminating evidence (see paragraph 151, with reference to paragraphs 143-44).

22. In my view, the Regional Court had before it very strong and coherent additional incriminating evidence regarding the offence of which the applicant was convicted. On the basis of the additional evidence it was

possible for the trial court to perform an assessment of the reliability of the statements by the absent witnesses. In the view of the trial court “the body of evidence, taken together, gave a coherent and complete overall picture of events which supported the version provided by O. and P. and refuted the contradictory versions of events put forward by the applicant and his co-accused in the course of the trial” (see paragraph 46 of the present judgment).

23. Furthermore, as rightly pointed out by the majority, the applicant had the opportunity to give his own version of the events and cross-examine the other witnesses appearing before the trial court (see paragraph 152). Furthermore, the applicant had the possibility of challenging the use and importance of the written statements.

24. In fact, the core argument for finding a violation of Article 6 of the Convention in the present case seems to be the fact that the domestic authorities did not make use of the possibility of appointing a lawyer for the applicant before questioning the two witnesses, which would have given him the opportunity to have the witnesses questioned at the investigation stage by a lawyer appointed to represent him (see paragraphs 153-60).

25. I disagree with the majority in their assessment of the importance of the pre-trial stage for the overall fairness of the proceedings in the present case.

26. Firstly, if a lawyer had been appointed to represent the applicant in the early stages of the investigation, when O. and P. were questioned by the investigating judge, and if the applicant and the lawyer had been notified of the questioning of the witnesses and the accused and the lawyer had been given the chance to question the witnesses when they gave testimony, there would simply have been no complaint under the Convention. The Court’s case-law on the use of written statements by absent witnesses concerns “depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial” (see *Al-Khawaja and Tahery*, cited above, § 119). In other words, had the applicant been given an opportunity to examine and cross-examine O. and P. when they were questioned by the investigating judge, the subsequent use of their statements would not have raised an issue concerning the fairness of the proceedings (see, for example, *Sadak and Others v. Turkey* (no. 1), nos. 29900/96 and 3 others, § 65, ECHR 2001-VIII; *Sommer v. Italy* (dec.), no. 36586/08, 23 March 2010; *Chmura v. Poland*, no. 18475/05, §§ 49-59, 3 April 2012; and *Aigner v. Austria*, no. 28328/03, §§ 40-46, 10 May 2012).

27. Secondly, the majority seems to pay little attention to the reasons given by the investigating judge for not having notified the applicant

about the questioning of the two witnesses. The applicant had not been informed about the investigation “so as not to put the investigation at risk” (see paragraph 21 of the present judgment). Furthermore, the investigating judge had excluded the applicant from the witness hearing in accordance with domestic law because he “was concerned that the witnesses, whom he had found to be considerably shocked and distressed by the offence, would be afraid of telling the truth in the applicant’s presence” (ibid.). In my view, the Court should in its case-law pay equal attention to, and protect, the rights and interests of the victims of crimes; in the specific circumstances of this case, there were good reasons to protect the victims. Furthermore, the domestic courts did not consider it contrary to Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure, read in conjunction with Article 140 § 1 and as interpreted by the Federal Court of Justice (see paragraphs 28-29, 57-59 and 62 of the present judgment), that no defence counsel had been appointed to represent the applicant at the time of the witnesses’ hearing before the investigating judge. I take note in that context of the Government’s explanation (see paragraph 94) to the effect that, under Article 168c § 5 of the Code of Criminal Procedure, the trial court was authorised to dispense with giving notice of the hearing to any lawyer appointed to represent the applicant if it considered that notification would endanger the success of the investigation.

28. Thirdly, the fact that “it might not be possible to hear evidence from those witnesses at a subsequent trial against the applicant” (see paragraph 159 of the judgment) cannot, in my view, lead to the conclusion that the failure to appoint a lawyer and give the applicant an opportunity to have O. and P. questioned at the investigation stage by a lawyer appointed to represent him (see paragraph 160) rendered the subsequent trial unfair. Admittedly, there was a risk that the witnesses would not appear at the hearing, and there will always be such a risk when evidence is secured at the pre-trial stage of the proceedings. However, in the specific circumstances of the case, there is insufficient basis for arguing that it was foreseeable that O. and P. would not appear before the trial court and give testimony. The fact that it was foreseeable that the witnesses would leave Germany shortly after the hearing before the investigating judge cannot be equated to a finding that it would have been impossible to hear evidence from them at a subsequent trial, either in person or via a video-link. In this context I would also like to refer to the applicant’s own submission to the effect that he had assumed that he would be able to cross-examine the witnesses at the trial and had not therefore had any reason to request a repetition of the witnesses’ hearing by the investigating judge (see paragraph 82).

29. In my view, the majority places too much emphasis on the pre-trial stage and the decision not to appoint a lawyer and not to notify the lawyer and the applicant about the questioning of the witnesses.

30. Furthermore, the majority does not attach sufficient importance to the purpose of “counterbalancing factors”, which is to ensure that “a fair and proper assessment of the reliability of the evidence” takes place and that the evidence “is sufficiently reliable”. In a detailed and very well-reasoned judgment, the domestic courts explained why the evidence of the absent witnesses was deemed, in the light of all the evidence, to be reliable. As already mentioned, on the basis of the additional evidence, it was possible for the trial court to perform an assessment of the reliability of the statements by O. and P. In the view of the trial court “the body of evidence, taken together, gave a coherent and complete overall picture of events which supported the version provided by O. and P. and refuted the contradictory versions of events put forward by the applicant and his co-accused in the course of the trial” (see paragraph 46).

31. Therefore, in my view, the use of the written statements of the absent witnesses and the absence of an opportunity for the applicant to examine or have examined the witnesses at any stage of the proceedings did not render the trial as a whole unfair.

32. In my view, the judgment is another example of the Court’s focus on the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings (see *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, § 54, ECHR 2008), which means that a failure to comply with certain procedural guarantees at the pre-trial stage more or less automatically has the consequence that the evidence obtained cannot be used against the accused.

33. This is particularly regrettable in a situation where the reason for the restriction on certain procedural guarantees is the need to protect the victims of crimes and where there is corroborating evidence that makes it possible for the trial court to assess the reliability of the statements given by the absent witnesses.

34. This judgment is an example of a rather formalistic approach to the importance of procedural guarantees, whereby failure to comply with or secure certain procedural guarantees at the pre-trial stage renders the evidence obtained illegal even if the use of that evidence, on the basis of an overall assessment, does not render the proceedings as a whole unfair.

SCHATSCHASCHWILI c. ALLEMAGNE
(Requête n° 9154/10)

GRANDE CHAMBRE

ARRÊT DU 15 DÉCEMBRE 2015¹

1. Arrêt rendu par la Grande Chambre après renvoi de l'affaire conformément à l'article 43 de la Convention.

SOMMAIRE¹**Impossibilité d'interroger des témoins absents, dont les dépositions ont considérablement pesé sur la décision de condamner le requérant**

L'arrêt précise le critère *Al-Khawaja et Tahery* utilisé pour déterminer la compatibilité avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention de l'admission des dépositions de témoins absents en tant que moyens de preuve :

- a) si l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin ne peut en soi rendre un procès pénal inéquitable, ce facteur constitue un élément de poids s'agissant d'apprécier l'équité globale du procès (paragraphe 113 de l'arrêt) ;
- b) l'existence d'éléments compensateurs suffisants doit également être vérifiée dans les cas où il est difficile de discerner si les déclarations d'un témoin absent constituaient le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur, dès lors que ces éléments revêtaient un poids certain et que leur admission pouvait avoir causé des difficultés à la défense (paragraphe 116 de l'arrêt) ;
- c) s'il est en règle générale pertinent d'examiner les trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* dans l'ordre défini dans cet arrêt, il peut être approprié d'examiner ces étapes dans un ordre différent, notamment lorsque l'un d'eux se révèle particulièrement probant pour déterminer si la procédure a été ou non équitable (paragraphe 118 de l'arrêt).

Article 6 §§ 1 et 3 d)

Droit à un procès équitable – Procédure pénale – Équité de l'audience – Audition de témoins – Impossibilité d'interroger des témoins absents, dont les dépositions ont considérablement pesé sur la décision de condamner le requérant – Motif sérieux justifiant la non-comparution de témoins au procès – Caractère déterminant des dépositions des témoins absents pour la condamnation du requérant – Possibilité de désigner un avocat pour assister à l'audition de témoins devant le juge d'instruction – Mesures compensatrices insuffisantes pour permettre une appréciation équitable et adéquate de la fiabilité des éléments de preuve non vérifiés – Procès dans l'ensemble inéquitable

*

* *

En fait

Le requérant fut condamné à neuf ans et demi d'emprisonnement pour cambriolage aggravé avec extorsion de fonds aggravée. Quant à l'une des infractions, le tribunal régional se fonda en particulier sur les dépositions des deux victimes recueillies par

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

la police au stade antérieur au procès. Ces dépositions furent lues à voix haute au procès, les deux témoins en question, qui étaient retournés en Lettonie, ayant refusé de comparaître au motif qu'ils étaient toujours traumatisés par l'infraction.

En droit

Article 6 §§ 1 et 3 d) : afin d'apprécier si l'utilisation de déclarations précédemment faites par des témoins qui n'ont pas comparu au procès a porté atteinte à l'équité globale du procès du requérant, la Cour a repris, en l'explicitant, le critère dégagé par la Grande Chambre dans son arrêt en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* ([GC], nos 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011). En particulier, s'il est évident que chacune des trois étapes de ce critère doit faire l'objet d'un examen dans les cas où la Cour répond par l'affirmative à la question soulevée dans le cadre de la première étape (celle de savoir si l'absence du témoin au procès se justifiait par un motif sérieux) et à celle qui se pose lors de la deuxième étape (le point de savoir si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur), il convient de préciser s'il lui faut se livrer à un examen de l'ensemble des trois étapes également dans les affaires où elle répond par la négative à la question posée pour la première étape ou à celle relative à la deuxième étape, ainsi que de préciser l'ordre dans lequel elle doit se pencher sur ces différentes étapes. La Cour estime ce qui suit.

i. Si l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin ne peut en soi rendre un procès inéquitable, pareil facteur constitue un élément de poids s'agissant d'apprécier l'équité globale d'un procès et est susceptible de faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d).

ii. L'existence d'éléments compensateurs suffisants doit être vérifiée non seulement dans les affaires dans lesquelles les déclarations d'un témoin absent constituaient le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur, mais aussi dans celles où les déclarations en question revêtaient un poids certain et où leur admission pouvait avoir causé des difficultés à la défense. La portée des facteurs compensateurs nécessaires pour que le procès soit considéré comme équitable dépendra de l'importance accordée aux déclarations du témoin absent.

iii. En règle générale, il sera pertinent d'examiner les trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* dans l'ordre défini dans cet arrêt. Toutefois, les trois étapes du critère sont interdépendantes et, prises ensemble, servent à établir si la procédure pénale en cause a été globalement équitable. Il peut donc être approprié, dans une affaire donnée, d'examiner ces critères dans un ordre différent, notamment lorsque l'un d'eux se révèle particulièrement probant pour déterminer si la procédure a été ou non équitable.

La Cour a ensuite appliqué le critère *Al-Khawaja et Tahery* dans l'affaire du requérant.

a) *Sur le point de savoir si l'absence au procès des témoins en question se justifiait par un motif sérieux* – La Cour relève d'emblée que le tribunal régional a estimé que les

deux témoins n'avaient pas suffisamment étayé leur refus de comparaître et n'a pas admis que l'état de santé ou les craintes des deux femmes les exonéraient de venir à la barre. Après avoir pris contact avec chacune d'elles et leur avoir proposé plusieurs solutions, le tribunal régional a demandé à plusieurs reprises aux juridictions lettones de faire vérifier l'état de santé des témoins par un médecin-conseil ou de les contraindre à comparaître en Lettonie. Ces efforts s'étant révélés vains, le tribunal a donc admis à titre de preuves les retranscriptions des auditions des témoins conduites au stade de l'instruction. L'absence des deux témoins n'était donc pas imputable à la juridiction nationale. Dès lors, il existait un motif sérieux, du point de vue de la juridiction du fond, qui justifiait la non-comparution des témoins et, en conséquence, l'admission à titre de preuves des dépositions qu'elles avaient faites au stade antérieur au procès.

b) *Sur le point de savoir si les dépositions des témoins absents ont constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant* – Les juridictions nationales n'ont pas indiqué clairement si elles considéraient les dépositions en question comme « déterminantes », c'est-à-dire comme une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la décision sur l'affaire. Après examen de l'ensemble des éléments de preuve dont disposaient les juridictions nationales, la Cour ne peut que constater que les deux victimes de l'infraction étaient les seuls témoins oculaires de l'incident en question. Les preuves disponibles en dehors de leurs dépositions étaient soit uniquement des témoignages par ouï-dire, soit de simples éléments circonstanciels d'ordre technique ou autre qui, en soi, n'étaient pas concluants. Dans ces conditions, les dépositions des témoins absents ont été « déterminantes », c'est-à-dire susceptibles d'emporter la décision de condamner le requérant.

c) *Sur le point de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense* – Dans son raisonnement, le tribunal régional a clairement reconnu être conscient que les dépositions non vérifiées avaient une valeur probante réduite. Il a comparé le contenu des différentes déclarations formulées par les victimes au stade de l'enquête et a constaté que les deux femmes avaient donné des descriptions détaillées et cohérentes des circonstances de l'infraction. Il a en outre observé que le fait que les deux femmes n'avaient pas identifié le requérant montrait qu'elles n'avaient pas témoigné dans le but de l'incriminer. En outre, le tribunal régional, lorsqu'il a évalué la crédibilité des témoins, s'est aussi penché sur différents aspects de leur comportement relativement à leurs déclarations. Il s'est donc livré à un examen méticuleux de la crédibilité des témoins absents et de la fiabilité de leurs dépositions.

Par ailleurs, le tribunal a disposé d'autres témoignages par ouï-dire et d'autres preuves circonstanciennes à charge qui venaient à l'appui des dépositions des deux femmes. De plus, le requérant a eu la possibilité de donner sa propre version des faits, ainsi que de mettre en doute la crédibilité des témoins absents en contre-interrogeant

les autres personnes qui ont livré des témoignages par ouï-dire lors du procès. Cependant, il n'a pas pu interroger les deux victimes indirectement ou au stade de l'enquête.

En réalité, alors que les autorités de poursuite auraient pu désigner un avocat pour représenter le requérant à l'audition des témoins devant le juge d'instruction, ces garanties procédurales sont restées sans application en l'espèce. À cet égard, la Cour estime à l'instar du requérant que les deux femmes ont été entendues par le juge d'instruction précisément en raison du fait que les autorités, informées de leur retour imminent en Lettonie, considéraient que leurs témoignages risquaient de disparaître. Dans ce contexte, et eu égard au fait qu'en vertu du droit national la retranscription de l'audition d'un témoin conduite par un juge d'instruction avant le procès peut être lue à voix haute au procès dans des conditions moins strictes que celle d'un interrogatoire mené par la police, les autorités de poursuite ont pris le risque prévisible, qui s'est par la suite matérialisé, que ni l'accusé ni son avocat ne puissent être en mesure d'interroger les deux témoins en question à quelque stade de la procédure que ce soit.

Vu l'importance que revêtaient les déclarations des seuls témoins oculaires de l'infraction pour laquelle le requérant a été condamné, les mesures compensatrices prises par les juridictions nationales étaient insuffisantes pour permettre une appréciation équitable et adéquate de la fiabilité des éléments de preuve non vérifiés. Dès lors, le fait que le requérant n'a pu, à aucun stade de la procédure, interroger ou faire interroger les deux témoins en question a rendu la procédure inéquitable dans son ensemble.

Conclusion : violation (neuf voix contre huit).

Article 41 : rejet de la demande de réparation pour dommage moral.

Jurisprudence citée par la Cour

A. G. c. Suède (déc.), n° 315/09, 10 janvier 2012

Aigner c. Autriche, n° 28328/03, 10 mai 2012

Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni [GC],
n°s 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011

Asadbeyli et autres c. Azerbaïdjan, n°s 3653/05 et 5 autres, 11 décembre 2012

Beggs c. Royaume-Uni (déc.), n° 15499/10, 16 octobre 2012

Bobęs c. Roumanie, n° 29752/05, 9 juillet 2013

Brzuszczyński c. Pologne, n° 23789/09, 17 septembre 2013

Cevat Soysal c. Turquie, n° 17362/03, 23 septembre 2014

Chmura c. Pologne, n° 18475/05, 3 avril 2012

D. T. c. Pays-Bas (déc.), n° 25307/10, 2 avril 2013

Damir Sibgatullin c. Russie, n° 1413/05, 24 avril 2012

Fąfrowicz c. Pologne, n° 43609/07, 17 avril 2012

Gabrielyan c. Arménie, n° 8088/05, 10 avril 2012

Gäfgen c. Allemagne [GC], n° 22978/05, CEDH 2010

- Gani c. Espagne*, n° 61800/08, 19 février 2013
Garofolo c. Suisse (déc.), n° 4380/09, 2 avril 2013
Gonzáles Nájera c. Espagne (déc.), n° 61047/13, 11 février 2014
Heglas c. République tchèque, n° 5935/02, 1^{er} mars 2007
Horncastle et autres c. Royaume-Uni, n° 4184/10, 16 décembre 2014
Hümmer c. Allemagne, n° 26171/07, 19 juillet 2012
Imbrioscia c. Suisse, 24 novembre 1993, série A n° 275
Jalloh c. Allemagne [GC], n° 54810/00, CEDH 2006-IX
Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie, n^{os} 11082/06 et 13772/05, 25 juillet 2013
Kostecki c. Pologne, n° 14932/09, 4 juin 2013
Lučić c. Croatie, n° 5699/11, 27 février 2014
Lüdi c. Suisse, 15 juin 1992, série A n° 238
Matytsina c. Russie, n° 58428/10, 27 mars 2014
McGlynn c. Royaume-Uni (déc.), n° 40612/11, 16 octobre 2012
Mitkus c. Lettonie, n° 7259/03, 2 octobre 2012
N.C. c. Italie [GC], n° 24952/94, CEDH 2002-X
Nechto c. Russie, n° 24893/05, 24 janvier 2012
Nikolitsas c. Grèce, n° 63117/09, 3 juillet 2014
Pichugin c. Russie, n° 38623/03, 23 octobre 2012
Präjină c. Roumanie, n° 5592/05, 7 janvier 2014
Rosin c. Estonie, n° 26540/08, 19 décembre 2013
Rudnichenko c. Ukraine, n° 2775/07, 11 juillet 2013
Salduz c. Turquie [GC], n° 36391/02, CEDH 2008
Salikhov c. Russie, n° 23880/05, 3 mai 2012
Șandru c. Roumanie, n° 33882/05, 15 octobre 2013
Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, série A n° 140
Scholer c. Allemagne, n° 14212/10, 18 décembre 2014
Sellick et Sellick c. Royaume-Uni (déc.), n° 18743/06, 16 octobre 2012
Sică c. Roumanie, n° 12036/05, 9 juillet 2013
Štefančič c. Slovénie, n° 18027/05, 25 octobre 2012
Suldin c. Russie, n° 20077/04, 16 octobre 2014
Taxquet c. Belgique [GC], n° 926/05, CEDH 2010
Trampevski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine, n° 4570/07, 10 juillet 2012
Tseber c. République tchèque, n° 46203/08, 22 novembre 2012
Vronchenko c. Estonie, n° 59632/09, 18 juillet 2013
Windisch c. Autriche, 27 septembre 1990, série A n° 186
Yevgeniy Ivanov c. Russie, n° 27100/03, 25 avril 2013

En l'affaire Schatschaschwili c. Allemagne,

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

Dean Spielmann, *président*,
Işıl Karakaş,
András Sajó,
Luis López Guerra,
Päivi Hirvelä,
Khanlar Hajiyev,
Dragoljub Popović,
Nona Tsotsoria,
Kristina Pardalos,
Angelika Nußberger,
Julia Laffranque,
Helen Keller,
André Potocki,
Paul Mahoney,
Valeriu Griţco,
Egidijus Kūris,
Jon Fridrik Kjølbro, *juges*,

et de Lawrence Early, *jurisconsulte*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 4 mars et le 8 octobre 2015,

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

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 9154/10) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont un ressortissant géorgien, M. Swiadi Schatschaschwili (« le requérant »), a saisi la Cour le 12 février 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Par une lettre du 29 décembre 2013, l'avocat du requérant a signalé à la Cour que son client l'avait informé que son véritable nom était Avtandil Sisvadze. Le 14 janvier 2014, la Cour a avisé les parties qu'elle continuerait d'intituler l'affaire « *Schatschaschwili c. Allemagne* », d'après le nom sous lequel le requérant était désigné dans la procédure devant les juridictions internes ainsi que dans la requête introduite par lui devant elle.

3. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M^e H. Meyer-Mews, avocat à Brême. Le gouvernement

allemand («le Gouvernement») a été représenté par ses agents, M^{me} A. Wittling-Vogel, M. H.-J. Behrens et M^{me} K. Behr, du ministère fédéral de la Justice et de la Protection du consommateur.

4. Invoquant l'article 6 § 3 d) de la Convention, le requérant se plaignait en particulier de n'avoir pas bénéficié d'un procès équitable en ce que ni lui ni son avocat n'avaient eu, à aucun stade de la procédure pénale dirigée contre lui concernant une infraction qu'il était accusé d'avoir commise à Göttingen en février 2007, la possibilité d'interroger les victimes – seules personnes à avoir été les témoins directs de cette infraction –, dont les dépositions avaient fondé sa condamnation par le tribunal régional de Göttingen.

5. La requête a été attribuée à la cinquième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – «le règlement»). Le 15 janvier 2013, elle a été communiquée au Gouvernement. Le 17 avril 2014, une chambre de cette section, composée de Mark Villiger, président, Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Ann Power-Forde, Ganna Yudkivska, Helena Jäderblom et Aleš Pejchal, juges, et de Claudia Westerdiek, greffière de section, a rendu un arrêt déclarant, à l'unanimité, la requête en partie recevable et concluant, par cinq voix contre deux, à la non-violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention.

6. Le 15 juillet 2014, le requérant a sollicité le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre au titre des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le collège de la Grande Chambre a fait droit à cette demande le 8 septembre 2014.

7. 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. Pour les délibérations finales, Jon Fridrik Kjølbro et András Sajó, juges suppléants, ont remplacé Josep Casadevall et Isabelle Berro, empêchés (article 24 § 3 du règlement).

8. Tant le requérant que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire (article 59 § 1 du règlement). Des observations ont par ailleurs été reçues du gouvernement tchèque, que le président avait autorisé le 3 novembre 2014 à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

9. Le gouvernement géorgien, informé de son droit d'intervenir dans la procédure (articles 36 § 1 de la Convention et 44 §§ 1 et 4 du règlement) n'a pas exprimé le souhait de s'en prévaloir.

10. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 4 mars 2015 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

MM. H.-J. Behrens, ministre fédéral de la Justice et de la protection du consommateur, *agent*,
 H. Satzger, professeur de droit pénal à l'université de Munich,
 F. Zimmermann, assistant juridique à l'université de Munich,
 H. Paetzold, ministre fédéral de la Justice et de la protection du consommateur,
 C. Tegethoff, juge, ministre de la Justice de Basse-Saxe *conseillers*;

– *pour le requérant*

MM. H. Meyer-Mews, avocat, *conseil*,
 A. Rotter, avocat,
 J. Lam, avocat, *conseillers*.

La Cour a entendu M. Meyer-Mews et M. Behrens en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses à des questions posées par des juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

11. Le requérant est né en 1978. À l'introduction de sa requête, il était détenu à la prison de Rosdorf (Allemagne). Il réside à présent à Khachouri/Sourami (Géorgie).

A. Les événements survenus à Kassel et à Göttingen, tels qu'établis par les juridictions allemandes

1. L'infraction commise à Kassel

12. Le 14 octobre 2006 dans la soirée, le requérant et un complice non identifié cambriolèrent l'appartement, situé à Kassel, de L. et I., deux ressortissantes lituaniennes.

13. Les deux hommes savaient que l'appartement était utilisé à des fins de prostitution et s'attendaient à ce que ses deux occupantes y conservent des objets de valeur et des espèces. Ils y passèrent en début de soirée afin de s'assurer qu'aucun client ni proxénète ne s'y trouvait. Ils revinrent peu après et maîtrisèrent L., qui leur avait ouvert la porte en réponse à leur coup de sonnette. Tenant les deux femmes en joue avec un pistolet à gaz qui ressemblait à une véritable arme, le requérant menaça de les tuer si elles ne lui révélaient pas où elles dissimulaient leur argent. Tandis que son complice

surveillait les deux femmes, le requérant rassembla une somme d'environ 1 100 euros (EUR) ainsi que six téléphones portables, qu'il trouva lui-même dans l'appartement ou que les deux femmes lui remirent sous la contrainte.

2. *L'infraction commise à Göttingen*

14. Le 3 février 2007, le requérant et plusieurs complices effectuèrent un cambriolage en réunion dans l'appartement, situé à Göttingen, de O. et P., deux ressortissantes lettones qui résidaient temporairement en Allemagne et se livraient à la prostitution.

15. Le 2 février 2007 au soir, l'un des deux coaccusés du requérant était passé avec un complice, R., une connaissance de O. et P., à leur appartement en vue de vérifier si les deux femmes étaient ses seules occupantes et s'il s'y trouvait des objets de valeur. Les deux hommes avaient repéré un coffre-fort dans la cuisine.

16. Le 3 février 2007, vers 20 heures, le requérant et un autre complice, B., réussirent à entrer dans l'appartement de O. et P. en se faisant passer pour des clients potentiels, tandis que l'un de leurs coaccusés attendait dans une voiture garée près de l'immeuble où se situait l'appartement et qu'un autre coaccusé était posté devant l'immeuble. Une fois à l'intérieur de l'appartement, B. sortit un couteau qu'il dissimulait dans sa veste. Pour échapper aux deux hommes, P. sauta du balcon qui se trouvait à deux mètres du sol environ et s'enfuit. Le requérant se lança à sa poursuite, mais abandonna après quelques minutes en raison de la présence de passants dans la rue. Il appela alors sur son portable le coaccusé qui attendait devant l'appartement et l'informa qu'une des deux femmes avait sauté du balcon et qu'il n'avait pas réussi à la rattraper. Les deux hommes convinrent d'un lieu de rendez-vous où ses coaccusés devaient prendre le requérant en voiture une fois que B. aurait quitté l'appartement et les aurait rejoints.

17. Pendant ce temps, dans l'appartement, B., après avoir maîtrisé O., menaça de la tuer avec son couteau si elle ne lui révélait pas l'endroit où les deux femmes dissimulaient leur argent ou si elle refusait de lui ouvrir le coffre. Craignant pour sa vie, O. ouvrit le coffre, dans lequel B. prit 300 EUR, et lui donna également le contenu de son porte-monnaie, soit 250 EUR. B. quitta l'appartement vers 20 h 30 en emportant l'argent et le portable de P. ainsi que le téléphone fixe de l'appartement, et rejoignit l'autre coaccusé. Les deux hommes prirent alors le requérant à bord de leur voiture au point de rendez-vous convenu. Vers 21 h 30, P. retrouva O. à l'appartement.

18. Le lendemain matin, O. et P. racontèrent les événements à leur voisine, E. Effrayées, elles quittèrent ensuite leur appartement de Göttingen et demeurèrent plusieurs jours chez leur amie L., l'une des victimes de

l'infraction commise à Kassel, à qui elles avaient fait un récit détaillé de l'agression qu'elles avaient subie le lendemain de sa survenue.

B. La procédure d'enquête concernant les événements de Göttingen

19. Le 12 février 2007, L. informa la police de l'infraction dont O. et P. avaient été victimes à Göttingen. Entre le 15 et le 18 février 2007, celles-ci furent interrogées à plusieurs reprises par la police sur les événements des 2 et 3 février 2007. Elles donnèrent lors de ces interrogatoires une version des faits correspondant à la description ci-dessus. Après avoir vérifié les papiers des deux femmes, la police constata qu'elles résidaient et travaillaient en Allemagne en conformité avec le droit de l'immigration et le droit commercial allemands.

20. Les deux témoins ayant fait part pendant les interrogatoires de police de leur intention de repartir en Lettonie dans les jours qui suivaient, le ministère public demanda le 19 février 2007 au juge d'instruction d'entendre les témoins afin d'obtenir une déposition fidèle pouvant être valablement utilisée au futur procès (*eine im späteren Hauptverfahren verwertbare wahrheitsgemäße Aussage*).

21. En conséquence, le 19 février 2007, O. et P. furent interrogées par un juge d'instruction et donnèrent de nouveau une version des faits correspondant à la description ci-dessus. À ce moment-là, le requérant n'avait pas encore été informé de l'enquête dont il faisait l'objet pour ne pas nuire aux investigations. Aucun mandat d'arrêt n'avait été lancé contre lui et il n'était pas représenté par un avocat. S'appuyant sur l'article 168c du code de procédure pénale (paragraphe 56 ci-dessous), le juge d'instruction décida que le requérant ne devait pas être présent à l'audition de O. et de P., de crainte que celles-ci, qui lui avaient semblé considérablement choquées et angoissées par l'incident, eussent peur de dire la vérité en présence de leur agresseur. Les deux femmes confirmèrent lors de cette audition qu'elles avaient l'intention de repartir en Lettonie dès que possible.

22. O. et P. retournèrent en Lettonie peu après l'audition. Le requérant fut arrêté le 6 mars 2007.

C. Le procès devant le tribunal régional de Göttingen

1. Les tentatives du tribunal pour interroger O. et P. et l'admission de leurs dépositions recueillies avant le procès

23. Le tribunal régional convoqua O. et P. par lettre recommandée à une audience prévue le 24 août 2007. Toutefois, les deux femmes refusèrent de comparaître devant le tribunal régional, se prévalant de certificats médicaux du 9 août 2007 dans lesquels leur état émotionnel et psychologique était qualifié d'instable et de post-traumatique.

24. En conséquence, le 29 août 2007, le tribunal informa O. et P. par une lettre recommandée que, même s'il n'était pas en mesure de les contraindre à comparaître à une audience en Allemagne, il souhaitait les entendre en tant que témoins au procès. Il assura aux deux femmes qu'elles bénéficieraient d'une protection en Allemagne et que tous les frais qu'elles exposeraient pour assister à l'audience leur seraient remboursés. Proposant plusieurs solutions, il les invita à indiquer dans quelles conditions elles seraient disposées à témoigner au procès. Il reçut des accusés de réception pour les deux lettres. P. n'envoya cependant aucune réponse. Pour sa part, O. informa le tribunal régional par écrit qu'elle était toujours traumatisée par l'incident et qu'en conséquence elle n'accepterait ni de comparaître en personne au procès ni d'être entendue par vidéoconférence. Elle indiqua en outre qu'elle n'avait rien à ajouter aux déclarations qu'elle avait faites à la police et au juge d'instruction en février 2007.

25. Le tribunal régional décida néanmoins de solliciter l'assistance des autorités lettones en vertu de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, telle que complétée par la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (paragraphe 64-66 ci-dessous), estimant que O. et P. étaient tenues en vertu du droit letton de comparaître devant un tribunal en Lettonie à la suite d'une demande d'entraide judiciaire. Il demanda que les deux femmes fussent convoquées devant une juridiction lettone et qu'une liaison audiovisuelle fût mise en place afin que le président du tribunal régional pût mener l'audition (*audiovisuelle Vernehmung*). Renvoyant à l'article 6 § 3 d) de la Convention, il estima que l'avocat de la défense et l'accusé, à l'instar des juges et du ministère public, devaient avoir le droit de poser des questions aux témoins pour la première fois.

26. Toutefois, l'audition de O. et de P., fixée par la juridiction lettone compétente au 13 février 2008, fut annulée peu avant cette date par le président du tribunal letton, lequel estima que les deux femmes, qui avaient de nouveau produit des certificats médicaux, avaient démontré qu'elles souffraient toujours de troubles post-traumatiques en conséquence des événements de Göttingen et que le fait d'y être de nouveau confrontées risquait d'aggraver leur état. D'après le juge letton, O. avait en outre déclaré avoir reçu des menaces des accusés et craindre de ce fait des représailles.

27. Par une lettre du 21 février 2008, le tribunal régional, qui avait obtenu, à sa demande, des copies des certificats médicaux soumis par les témoins à la juridiction lettone, informa son homologue letton que, selon les normes de la procédure pénale allemande, les raisons avancées par les deux femmes n'étaient pas suffisantes pour justifier leur refus de déposer. Le tribunal suggéra au juge letton compétent de faire examiner les témoins par

un médecin-conseil (*Amtsarzt*) ou, à titre subsidiaire, de les contraindre à comparaître. Cette lettre resta sans réponse.

28. Par une décision du 21 février 2008, le tribunal régional, rejetant l'exception d'inadmissibilité des dépositions faites par les témoins antérieurement au procès soulevée par l'avocat d'un des coaccusés du requérant, ordonna que les retranscriptions des interrogatoires de O. et P. par la police et par le juge d'instruction fussent lues à voix haute au procès, conformément à l'article 251 §§ 1, alinéa 2, et 2, alinéa 1, du code de procédure pénale allemand (paragraphe 61 ci-dessous). Il estima qu'il existait des obstacles insurmontables, au sens de cette disposition, empêchant l'audition de ces témoins dans un avenir prévisible vu leur indisponibilité. Il expliqua qu'il n'avait pas été possible d'entendre O. et P. au cours du procès du fait de leur retour dans leur pays, la Lettonie, peu après leurs interrogatoires au stade de l'enquête, et que toutes les tentatives pour qu'elles fussent entendues à l'audience principale, à laquelle il n'était pas en mesure de les obliger à assister, s'étaient révélées vaines. Considérant que les tribunaux avaient l'obligation de mener avec diligence les procédures impliquant des privations de liberté et que les accusés avaient déjà passé un temps considérable en prison, il conclut qu'il ne se justifiait pas de retarder davantage la procédure.

29. Le tribunal régional précisa que rien n'avait laissé présager au stade de l'enquête que O. et P., qui avaient témoigné à plusieurs reprises devant la police puis devant le juge d'instruction, refuseraient de réitérer leurs déclarations lors d'un procès ultérieur. Il estima que, malgré les inconvénients résultant pour la défense de l'admission des dépositions faites par O. et P. au stade de l'enquête, il était possible de conduire le procès dans son ensemble de manière équitable et en conformité avec les exigences de l'article 6 § 3 d) de la Convention.

2. *L'arrêt du tribunal régional*

30. Par un jugement du 25 avril 2008, le tribunal régional, eu égard aux faits établis par lui, tels que décrits ci-dessus, condamna le requérant, qui avait été représenté par un avocat pendant le procès, à une peine d'emprisonnement de neuf ans et six mois pour deux chefs de cambriolage aggravé avec extorsion de fonds aggravée, commis avec contrainte et en réunion le 14 octobre 2006 à Kassel et le 3 février 2007 à Göttingen.

a) **L'appréciation des éléments de preuve disponibles concernant l'infraction commise à Kassel**

31. Le tribunal régional fonda ses constatations factuelles concernant la première infraction commise par le requérant à Kassel sur les dépositions faites au procès par les victimes, L. et I., qui avaient identifié le requérant

sans la moindre hésitation. Le tribunal régional releva en outre que les déclarations des deux femmes étaient corroborées par les dépositions faites lors du procès par les policiers qui s'étaient rendus sur le lieu de l'infraction et qui avaient interrogé L. et I. au cours de l'enquête préliminaire. Pour le tribunal régional, ces éléments venaient réfuter les allégations du requérant, qui avait à l'origine clamé son innocence puis admis être entré dans l'appartement de L. et I. mais n'avoir fait que subtiliser une somme de 750 EUR aux deux femmes, seul, après s'être disputé avec elles.

**b) L'appréciation des éléments de preuve disponibles
concernant l'infraction commise à Göttingen**

i. Les dépositions de O. et de P.

32. Concernant l'établissement des faits relativement à l'infraction commise à Göttingen, le tribunal régional se fonda en particulier sur les déclarations faites avant le procès au cours des interrogatoires de police et devant le juge d'instruction par les victimes, O. et P., qu'il qualifia de témoins à charge essentiels (*maßgebliche Belastungszeuginnen*).

33. Dans son jugement de 152 pages, le tribunal régional se déclara conscient de la valeur probante réduite des retranscriptions des dépositions faites par O. et P. avant le procès. Il précisa avoir en outre tenu compte du fait que ni le requérant ni son avocat n'avaient eu à aucun stade de la procédure la possibilité d'interroger les seuls témoins directs des événements survenus à Göttingen.

34. Le tribunal régional estima qu'il ressortait des retranscriptions des interrogatoires de O. et P. au stade de l'enquête que celles-ci avaient donné des descriptions détaillées et cohérentes des circonstances de l'infraction. Pour lui, les contradictions mineures dans les déclarations des deux femmes pouvaient s'expliquer par leur souci de dissimuler aux autorités leur lieu de résidence et leurs activités ainsi que par la tension psychologique à laquelle elles avaient été soumises pendant et après l'incident. De l'avis du tribunal, les deux femmes avaient eu peur d'avoir des problèmes avec la police et de subir des représailles de la part des cambrioleurs, ce qui expliquait pourquoi elles n'avaient pas porté plainte immédiatement après les événements et pourquoi la police n'avait été informée de l'incident que le 12 février 2007 par leur amie L.

35. Quant au fait que O. et P. n'avaient pas reconnu le requérant parmi les suspects potentiels dont on leur avait montré les photos pendant les interrogatoires de police, le tribunal régional expliqua que l'attention des intéressées pendant l'incident s'était focalisée sur le complice du requérant, qui tenait un couteau, et que celui-ci n'était lui-même resté que peu de temps dans l'appartement. Selon le tribunal, le fait que les deux femmes

n'avaient pas identifié le requérant montrait également que, contrairement à ce qu'alléguait la défense, elles n'avaient pas témoigné dans le but d'incriminer l'intéressé. Le tribunal ajouta que le refus des deux femmes de comparaître au procès pouvait s'expliquer par leur malaise à l'idée de devoir se remémorer les événements et d'être interrogées à ce propos, et n'entamait donc pas en soi leur crédibilité.

ii. Les autres éléments de preuve disponibles

36. Pour établir les faits, le tribunal régional tint compte en outre des éléments de preuve suivants : les dépositions au procès de plusieurs témoins à qui O. et P. avaient rapporté l'incident peu après sa survenue, à savoir la voisine des deux femmes, E., et leur amie L., ainsi que les policiers et le juge d'instruction qui avaient interrogé O. et P. avant le procès ; des données géographiques et des informations obtenues au moyen de systèmes d'écoute placés sur les téléphones portables du requérant et de ses coaccusés et d'un récepteur du système de positionnement global par satellite (GPS) placé dans la voiture de l'un des coaccusés ; l'aveu du requérant pendant le procès selon lequel il se trouvait dans l'appartement des victimes au moment des faits ; et les similitudes du mode opératoire suivi pour commettre les infractions à Kassel et à Göttingen.

37. Le tribunal régional souligna que, dès lors qu'il était apparu que O. et P. étaient indisponibles, il avait veillé à ce que fussent entendus au procès le plus grand nombre possible de témoins qui avaient été en contact avec les deux femmes relativement aux événements en cause, et ce pour vérifier la crédibilité de celles-ci.

38. De l'avis du tribunal régional, la concordance entre la description détaillée des événements donnée par O. et P. dans leurs dépositions antérieures au procès et le récit que les deux femmes avaient fait le lendemain matin à leur voisine E. tendait fortement à accréditer leur crédibilité et la véracité de leurs déclarations. Le tribunal évoqua les autres déclarations de E. selon lesquelles, le soir du 3 février 2007 vers 21 h 30, une autre voisine, une femme âgée, qui avait été prise de peur et de colère en voyant P. courir devant sa fenêtre, l'avait appelée et lui avait demandé de l'accompagner à l'appartement des deux femmes pour voir ce qui se passait. O. et P. n'auraient toutefois pas répondu lorsque les deux voisines avaient sonné à leur porte.

39. Le tribunal régional observa en outre que la version des faits donnée par O. et P. coïncidait également avec le souvenir qu'avait L. des conversations qu'elle avait eues avec ses deux amies après l'incident.

40. Le tribunal régional releva par ailleurs que les trois policiers et le juge d'instruction qui avaient interrogé O. et P. au début de la procédure avaient tous déclaré au procès avoir trouvé les deux femmes crédibles.

41. Le tribunal régional indiqua que, étant donné que ni lui-même ni la défense n'avaient eu la possibilité d'observer le comportement des deux témoins principaux lors du procès directement ou au moyen d'une audition par vidéoconférence, il devait examiner avec un soin particulier l'appréciation par les policiers et le juge d'instruction de la crédibilité de ces témoins. Le tribunal ajouta qu'il avait pris en compte les déclarations de la voisine E. et de L., l'amie des deux femmes, en accordant une attention particulière au fait que leurs déclarations constituaient des témoignages par ouï-dire et devaient être évaluées avec un soin particulier.

42. À cet égard, il convenait, selon le tribunal, de prendre en compte le fait que les dépositions de O. et de P. ainsi que les déclarations d'autres témoins ayant déposé au procès étaient corroborées par d'autres éléments de preuve importants et admissibles, tels que les données obtenues au moyen du système d'écoutes placé sur les téléphones portables du requérant et de ses coaccusés et d'un récepteur GPS. Le tribunal précisa que ces informations étaient le fruit des mesures de surveillance effectuées par la police au moment des faits dans le cadre de l'enquête préliminaire ouverte contre les accusés, qui étaient alors soupçonnés de racket et d'extorsion de fonds dans le milieu de la drogue de Göttingen.

43. Selon le tribunal, il ressortait des données de géolocalisation et des enregistrements de deux conversations téléphoniques échangées entre l'un de ses deux coaccusés et le requérant le 3 février 2007 à 20 h 29 et 20 h 31 que ce dernier s'était trouvé dans l'appartement des victimes en compagnie de B., et qu'il avait sauté du balcon afin de poursuivre l'une des deux femmes qui tentait de s'échapper et qu'il n'avait pas réussi à rattraper, tandis que B. était demeuré à l'appartement. Le tribunal indiqua en outre qu'une analyse des données GPS montrait que la voiture de l'un des coaccusés avait stationné près du lieu de l'infraction de 19 h 58 à 20 h 32 le 3 février 2007, soit une durée qui correspondait à l'intervalle de temps pendant lequel le cambriolage en question s'était déroulé.

44. Le tribunal régional ajouta que, si le requérant et ses coaccusés avaient nié avoir participé au cambriolage en tant que tel ou commis un quelconque acte répréhensible prémédité, il ressortait du moins de leurs propres déclarations faites lors du procès que l'un des coaccusés s'était rendu en compagnie de R. à l'appartement de Göttingen la veille de l'incident et que tous les accusés se trouvaient dans la voiture stationnée à proximité de l'appartement des victimes au moment de l'infraction. Il précisa que les accusés avaient commencé par affirmer qu'un autre homme et R. s'étaient trouvés dans l'appartement le lendemain au moment de l'incident. Le requérant avait ensuite changé de version et déclaré que lui-même et B. s'étaient rendus à l'appartement le 3 février 2007 en vue de faire appel aux services

de prostitution des deux femmes. Le tribunal indiqua enfin que le requérant avait en outre admis avoir suivi P. lorsqu'elle s'était enfuie par le balcon et avait expliqué avoir agi ainsi afin de l'empêcher d'appeler les voisins ou la police, de peur d'avoir des ennuis en raison de son casier judiciaire et des problèmes qu'il avait eus lors d'un incident similaire avec des prostituées à Kassel.

45. Enfin, le tribunal régional estima que la forte similitude entre les modes opératoires suivis dans les deux cas, où deux femmes, des ressortissantes étrangères travaillant comme prostituées dans un appartement, avait été cambriolées, constituait un élément supplémentaire indiquant que le requérant avait aussi participé à l'infraction commise à Göttingen.

46. De l'avis du tribunal, les éléments de preuve, pris dans leur ensemble, formaient un tableau cohérent et exhaustif des événements, qui corroborait la version de O. et P. et réfutait les récits contradictoires faits par le requérant et ses coaccusés lors du procès.

D. La procédure devant la Cour fédérale de justice

47. Le 23 juin 2008, le requérant, représenté par son avocat, introduisit un pourvoi en cassation contre le jugement du tribunal régional de Göttingen, dans lequel il se plaignait de n'avoir eu à aucun stade de la procédure la possibilité d'interroger les seuls témoins directs et essentiels de l'infraction commise à Göttingen, au mépris de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour fédérale de justice (notamment un arrêt du 25 juillet 2000 – paragraphes 58-59 et 62 ci-dessous), il reprochait aux autorités de poursuite de ne pas avoir demandé, avant l'audition de O. et de P. par le juge d'instruction, la désignation d'un avocat pour le représenter, et estimait en conséquence que les dépositions des deux femmes n'auraient pas dû être admises au procès.

48. Dans ses observations écrites du 9 septembre 2008, le procureur général près la Cour fédérale de justice demanda à celle-ci de rejeter le pourvoi du requérant pour défaut manifeste de fondement par la procédure écrite, conformément à l'article 349 § 2 du code de procédure pénale (paragraphe 63 ci-dessous). Tout en admettant que la procédure s'était caractérisée par une « perte totale du droit du requérant à interroger O. et P. (*Totalausfall des Fragerechts*), le procureur général estima qu'elle avait été dans l'ensemble équitable et que rien ne justifiait d'exclure les témoignages de O. et de P. des éléments de preuve.

49. Le procureur général estima que le tribunal régional avait apprécié le contenu des retranscriptions des déclarations des témoins, qui avaient été lues à voix haute au procès, de manière particulièrement méticuleuse et critique. Il ajouta que le tribunal ne s'était pas fondé exclusivement ou de façon

déterminante sur ces dépositions pour condamner le requérant mais avait pris en compte d'autres éléments significatifs. Selon le procureur général, eu égard à l'existence d'un faisceau de preuves corroborantes, le requérant avait eu amplement la possibilité de mettre en cause la crédibilité des deux témoins à charge et d'assurer effectivement sa défense.

50. Faisant sien le raisonnement du tribunal régional, le procureur général estima en outre que rien ne démontrait que les restrictions au droit de la défense d'interroger O. et P. étaient imputables aux autorités internes. Il soutint que les autorités de poursuite n'étaient pas tenues de désigner un avocat pour représenter le requérant à l'audition devant le juge d'instruction. Pour lui, eu égard au fait que O. et P. avaient constamment coopéré, les autorités n'avaient aucune raison de penser que les deux femmes, même si elles repartaient dans leur pays, ne pourraient plus comparaître pour être interrogées lors du procès, d'autant qu'elles étaient obligées en vertu du droit letton de participer à l'audience, au moins par vidéoconférence.

51. Par une décision du 30 octobre 2008, la Cour fédérale de justice, sur le fondement de l'article 349 § 2 du code de procédure pénale, rejeta le pourvoi du requérant pour défaut manifeste de fondement.

52. Par une décision du 9 décembre 2008 déboutant le requérant, qui se plaignait d'une violation de son droit à être entendu (*Anhörungsrüge*), la Cour fédérale de justice souligna que toute décision de rejet d'un pourvoi sur le fondement de l'article 349 § 2 du code de procédure pénale comportait nécessairement une référence à la demande motivée du procureur général.

E. La procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale

53. Dans un recours constitutionnel du 30 décembre 2008 dirigé contre les décisions de la Cour fédérale de justice du 30 octobre et du 9 décembre 2008, le requérant se plaignait notamment, sous l'angle de l'article 6 § 3 d) de la Convention, d'une violation de son droit à un procès équitable et de ses droits de la défense, en ce que ni lui ni son avocat n'avaient eu à aucun stade de la procédure la possibilité d'interroger O. et P.

54. Par une décision non motivée du 8 octobre 2009, la Cour constitutionnelle fédérale refusa d'examiner le recours constitutionnel du requérant (dossier n° 2 BvR 78/09).

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dispositions et pratique pertinentes en matière de conduite de l'instruction

55. Selon l'article 160 §§ 1 et 2 du code de procédure pénale, les autorités de poursuite, lorsqu'elles enquêtent sur des faits pouvant impliquer

la commission d'une infraction pénale, doivent vérifier non seulement les preuves à charge mais également les preuves à décharge, et doivent veiller à ce que tout élément de preuve susceptible de disparaître soit recueilli.

56. L'article 168c § 2 du code de procédure pénale autorise le procureur, l'accusé et l'avocat de la défense à assister à l'audition d'un témoin menée par un juge avant l'ouverture de la procédure principale. Le juge peut exclure qu'assiste à l'audition un accusé dont la présence mettrait en péril l'objectif de l'enquête, en particulier si l'on peut craindre qu'un témoin ne dise pas la vérité devant l'accusé (article 168c § 3 du code de procédure pénale). Les personnes dont la présence est autorisée reçoivent notification à l'avance de la date fixée pour l'audition. Pareille notification peut être omise si elle risque de compromettre l'enquête (article 168c § 5 du code de procédure pénale).

57. Conformément à l'article 141 § 3 du code de procédure pénale, l'avocat de la défense peut être désigné pendant la phase d'enquête. Le ministère public exige pareille désignation dans les cas où il estime que l'assistance d'un avocat s'imposera dans la procédure principale. L'assistance d'un avocat est notamment obligatoire lorsque les débats de première instance se déroulent devant le tribunal régional ou lorsque l'accusé doit répondre d'un crime (article 140 § 1, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale).

58. Dans un arrêt de principe du 25 juillet 2000 (publié au recueil officiel, *BGHSt* 46, pp. 96 et suiv.), la Cour fédérale de justice a estimé qu'en vertu de l'article 141 § 3 du code de procédure pénale, lu à la lumière de l'article 6 § 3 d) de la Convention, les autorités d'enquête étaient tenues d'envisager la désignation d'un avocat pour tout accusé non représenté lorsqu'un juge d'instruction devait entendre le principal témoin à charge en vue de recueillir sa déposition et que l'accusé lui-même était absent de cette audition.

59. La Cour fédérale de justice a souligné que le respect du droit de contre-interrogatoire exigeait que l'avocat ainsi désigné eût la possibilité de discuter de l'affaire avec son client avant l'audition du témoin par le juge d'instruction, afin d'être en mesure de poser les bonnes questions. La haute juridiction a indiqué également que la désignation d'un avocat pour représenter l'accusé ne s'imposait pas s'il existait des raisons valables de ne pas notifier à l'avocat la tenue de l'audition devant le juge d'instruction, ou si le délai supplémentaire causé par la désignation et la participation d'un avocat risquait de compromettre l'enquête. Par ailleurs, dans l'affaire dont elle était saisie, la Cour fédérale de justice n'a pas eu à examiner s'il était nécessaire de désigner un avocat pour défendre l'accusé lorsqu'une simple discussion sur l'affaire avant l'audition entre l'avocat et son client pouvait nuire à l'enquête.

B. Dispositions et pratique pertinentes en matière de conduite du procès

60. L'article 250 du code de procédure pénale énonce le principe selon lequel, lorsque la preuve d'un fait se fonde sur l'expérience directe d'une personne, celle-ci doit être interrogée au cours du procès et son audition ne peut pas être remplacée par la lecture à voix haute de la retranscription d'une audition antérieure ou d'une déposition écrite.

61. L'article 251 du code de procédure pénale comporte plusieurs exceptions à ce principe. En application de l'article 251 § 1, alinéa 2, l'audition d'un témoin peut être remplacée par la lecture à voix haute de la retranscription d'une autre audition si le témoin est décédé ou si, pour une autre raison, il ne peut être entendu par le tribunal dans un délai raisonnable. L'article 251 § 2, alinéa 1, dispose que, dans le cas où le témoin a précédemment été entendu par un juge, son audition peut être remplacée par la lecture à voix haute de la retranscription de l'audition précédente; cela vaut également si une maladie, une infirmité ou d'autres obstacles insurmontables empêchent le témoin de comparaître à l'audience principale pendant une période longue ou indéterminée.

62. Dans son arrêt susmentionné du 25 juillet 2000 (paragraphe 58-59 ci-dessus), la Cour fédérale de justice a estimé que si, contrairement à ce que prévoyait l'article 141 § 3 du code de procédure pénale, aucun avocat n'était désigné pour représenter l'accusé, les éléments de preuve obtenus pendant l'audition par le juge d'instruction n'étaient pas exclus mais voyaient leur valeur probante réduite. La haute juridiction a expliqué qu'il fallait avoir égard à l'ensemble de la procédure et que, en règle générale, une condamnation pouvait se fonder sur la déposition d'un témoin que la défense n'avait pas pu contre-interroger mais uniquement si la déposition en question était corroborée par d'autres éléments significatifs sans lien avec celle-ci. Pour la Cour fédérale de justice, le tribunal du fond devait en outre apprécier les éléments de preuve avec un soin particulier, en ayant également égard au fait que la déposition du juge d'instruction lors du procès constituait un témoignage par ouï-dire.

C. Disposition concernant les pourvois en cassation

63. Aux termes de l'article 349 § 2 du code de procédure pénale, sur demande motivée du ministère public, la juridiction compétente pour connaître d'un pourvoi en cassation peut rejeter celui-ci sans débats si elle l'estime manifestement mal fondé. La décision doit être unanime.

III. DROIT INTERNATIONAL PERTINENT

64. L'entraide judiciaire en matière pénale entre l'Allemagne et la Lettonie est régie en particulier par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, complétée par la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne.

65. L'article 10 de la Convention du 29 mai 2000 prévoit la possibilité d'entendre des témoins par vidéoconférence. Une telle audition a lieu en présence d'une autorité judiciaire de l'État membre requis et est effectuée par l'autorité judiciaire de l'État membre requérant. La personne à entendre peut invoquer le droit de ne pas témoigner qui lui serait reconnu par la loi soit de l'État membre requis, soit de l'État membre requérant (article 10 § 5). Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que, lorsque des témoins sont entendus sur son territoire et refusent de témoigner alors qu'ils sont tenus de le faire, son droit national s'applique comme il s'appliquerait si l'audition avait lieu dans le cadre d'une procédure nationale (article 10 § 8).

66. Aux termes de l'article 8 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, un témoin qui n'aura pas déféré à une citation à comparaître par la partie requérante ne pourra être soumis à aucune sanction, à moins qu'il ne se rende par la suite de son plein gré sur le territoire de la partie requérante et qu'il n'y soit régulièrement cité à nouveau.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 §§ 1 ET 3 D) DE LA CONVENTION

67. Le requérant allègue un manque d'équité de l'instance pénale dirigée contre lui et une violation du principe de l'égalité des armes en ce que ni lui ni son avocat n'ont eu à aucun stade de la procédure la possibilité d'interroger O. et P., les victimes et seules personnes à avoir été directement témoins de l'infraction qu'il aurait commise à Göttingen en février 2007. Il invoque l'article 6 de la Convention, dont les passages pertinents se lisent ainsi :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

3. Tout accusé a droit notamment à :

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

(...)»

68. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. L'arrêt de la chambre

69. La chambre a conclu à la non-violation de l'article 6 § 1 combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention.

70. Appliquant les principes dégagés par la Cour dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* ([GC], n^{os} 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011), la chambre a conclu que la non-comparution des témoins au procès se justifiait par un motif sérieux et que le tribunal régional avait déployé des efforts raisonnables pour que ceux-ci puissent être entendus. Pour elle, l'échec de toutes les tentatives en ce sens n'était pas imputable à cette juridiction. La chambre a en outre estimé que, si les dépositions de ces témoins n'avaient pas constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant, elles avaient manifestement revêtu un poids considérable lorsqu'il s'était agi d'établir la culpabilité de l'intéressé.

71. Toutefois, selon la chambre, il existait suffisamment d'éléments de nature à contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission des dépositions des deux victimes de l'infraction. La chambre a estimé que le tribunal régional s'était conformé aux garanties procédurales prévues par le droit interne. Elle a relevé qu'en vertu de l'article 168c du code de procédure pénale (paragraphe 56 ci-dessus), l'accusé et l'avocat de la défense étaient en règle générale autorisés à assister à l'audition d'un témoin par un juge dans la phase préalable au procès. Cependant, la chambre a estimé que la décision d'exclure que le requérant, qui à ce moment-là n'était pas représenté par un avocat, assiste à l'audition de O. et de P. par le juge d'instruction était justifiée au regard de l'article 168c § 3 du code de procédure pénale, jugeant bien fondées les préoccupations du juge d'instruction, lequel redoutait que les suspects n'exercent des pressions sur les deux témoins dès lors qu'eux-mêmes ou leurs avocats auraient été informés de l'audition et ainsi compromettent les investigations en cours. En outre, elle a pris note de l'observation du Gouvernement selon laquelle, au moment de l'audition devant le juge d'instruction, il n'était pas possible de prévoir que les deux femmes, qui avaient déjà déposé à plusieurs reprises, refuseraient de comparaître au procès.

72. La chambre a en outre observé que le tribunal régional, conscient de la valeur probante réduite des dépositions faites par O. et P. avant le

procès, les avait examinées de manière approfondie, et avait aussi eu égard aux déclarations de deux autres témoins, E. et L., auxquelles les victimes s'étaient confiées directement après l'incident. Pour la chambre, les déclarations cohérentes de O. et P. étaient corroborées par les données factuelles obtenues au moyen de la mise sur écoute des téléphones portables du requérant et de ses coaccusés et de la surveillance GPS, ainsi que par le propre aveu du requérant selon lequel il se trouvait bien dans l'appartement des victimes au moment de l'incident. La chambre a ajouté que la similitude entre les modes opératoires suivis lors des infractions de Kassel et de Göttingen venait également à l'appui des constatations du tribunal. Elle a donc conclu que la procédure dans son ensemble avait revêtu un caractère équitable.

B. Observations des parties

1. Le requérant

73. Invoquant l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention, le requérant allègue qu'il y a eu violation de son droit à un procès équitable, notamment de son droit d'interroger les témoins à charge, en ce que ni lui ni son avocat n'auraient eu, à aucun stade de la procédure, la possibilité d'interroger O. et P., deux témoins essentiels.

a) Principes applicables

74. Dans ses observations à la Grande Chambre, le requérant convient que les principes dégagés par la Cour dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (précité) sont applicables en l'espèce. Il soutient que, selon cette jurisprudence, le fait de ne pas donner à la défense la possibilité de contre-interroger un témoin à charge emporte violation de l'article 6 § 3 d) de la Convention, sauf circonstances exceptionnelles.

b) Sur le point de savoir si l'absence de O. et P. au procès se justifiait par un motif sérieux

75. Le requérant estime que la non-comparution de O. et P. à son procès ne se justifiait par aucun motif sérieux. Il remarque que les troubles psychologiques prétendument causés aux deux femmes par les événements de Göttingen ne les ont nullement empêchées de faire des dépositions devant la police et devant le juge d'instruction au stade de l'enquête. Il ajoute que le tribunal régional de Göttingen a lui-même estimé qu'il ne s'agissait pas d'une raison suffisante pour dispenser les deux femmes d'assister au procès. De l'avis du requérant, les autorités nationales auraient dû mener d'autres tentatives, notamment par le biais de négociations bilatérales organisées avec la Lettonie à un niveau politique, pour faire en sorte que ces témoins viennent à la barre.

c) Sur le point de savoir si les dépositions des témoins absents ont constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant

76. Le requérant explique que sa condamnation s'est fondée au moins dans une mesure déterminante sur les dépositions de O. et de P., les seules personnes à avoir été témoins oculaires des événements survenus à Göttingen. Il assure que si les dépositions de O. et de P. avaient été écartées, sa culpabilité n'aurait pas pu être établie sur la base des autres éléments de preuve disponibles.

d) Sur le point de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense

77. Le requérant est d'avis qu'il n'y a eu aucun élément compensateur de nature à contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'absence des témoins au procès.

78. Selon le requérant, le tribunal régional n'a pas apprécié les dépositions de O. et de P. avec une prudence particulière. Il n'aurait pas pris en compte le fait que la non-comparution des deux femmes à l'audience, sans excuse valable, compromettrait leur crédibilité. De plus, l'existence d'autres témoignages par ouï-dire et la possibilité pour lui d'interroger le juge d'instruction n'auraient pas constitué des éléments compensateurs suffisants pour assurer l'égalité des armes pendant la procédure. Le requérant estime que l'obligation pour le ministère public de vérifier tant les preuves à charge que les preuves à décharge posée par les règles de la procédure pénale allemande (paragraphe 55 ci-dessus) n'a pas compensé l'impossibilité où il s'est trouvé de contre-interroger les témoins à charge, les autorités de poursuite n'ayant pas, selon lui, vérifié les preuves à décharge dans son affaire.

79. Le requérant se plaint notamment d'avoir été privé d'une garantie procédurale prévue par le droit interne et censée protéger ses droits de la défense, arguant qu'aucun avocat le représentant n'a pu assister à l'audition de O. et de P. par le juge d'instruction. Or, d'après lui, en vertu des dispositions applicables du code de procédure pénale (article 141 § 3 combiné avec l'article 140 – paragraphe 57 ci-dessus), telles qu'interprétées par la Cour fédérale de justice (dans l'arrêt rendu le 25 juillet 2000 par cette juridiction – paragraphes 58-59 et 62 ci-dessus), le ministère public était tenu de désigner un avocat pour le représenter dès le stade de l'enquête. Il précise que cette mesure aurait dû être prise avant l'audition par le juge d'instruction des principaux témoins à charge, audition à laquelle il a été exclu qu'il participe en application de l'article 168c § 3 du code de procédure pénale. En pareil cas, l'avocat de la défense serait en droit d'assister à l'audition du témoin en vertu de l'article 168c § 2 du code de procédure pénale (sauf dans les circonstances énumérées à l'article 168c § 5 qui, d'après le requérant,

ne s'appliquent pas en l'espèce). Le requérant renvoie aux constatations de la Cour dans son arrêt *Hümmer c. Allemagne* (n° 26171/07, §§ 42 et suiv., 19 juillet 2012) pour étayer ses arguments.

80. Le requérant indique qu'en pratique les témoins ne sont entendus par le juge d'instruction au cours de l'enquête en plus de l'interrogatoire de police que s'il existe un risque que des preuves disparaissent. Il explique que les retranscriptions des auditions par le juge d'instruction peuvent être lues à voix haute et admises à titre de preuves au procès dans des conditions moins strictes que celles valant pour les interrogatoires de police (article 251 §§ 1 et 2 du code de procédure pénale – paragraphe 61 ci-dessus). Dès lors, la présence de l'accusé et de son avocat aux auditions conduites par un juge d'instruction, conformément à l'article 168c § 2 du code de procédure pénale, serait essentielle afin de garantir le droit de l'accusé protégé par l'article 6 § 3 d) de la Convention.

81. Le requérant soutient qu'il n'était pas justifié de lui dénier ce droit simplement parce que le juge d'instruction avait eu la fausse impression que O. et P. avaient peur de témoigner en sa présence ou même en présence de son avocat, estimant qu'il n'avait rien fait pour motiver de telles craintes. Cet argument ne serait quoi qu'il en soit pas de nature à justifier de les exclure, lui et son avocat, de l'audition car il existait divers moyens d'apaiser ces craintes. Étant donné que O. et P. devaient quitter l'Allemagne peu après leur audition par le juge d'instruction, il aurait été possible de désigner un avocat pour représenter le requérant juste avant cette audition et d'arrêter celui-ci juste avant sa tenue, ce qui aurait permis à lui-même ou au moins à son représentant d'interroger les deux femmes en personne sans que celles-ci n'aient à redouter des manœuvres d'intimidation.

82. Selon le requérant, les autorités d'enquête étaient en mesure de prévoir que O. et P., qui étaient susceptibles d'être sanctionnées en vertu du droit commercial ou du droit fiscal à raison de leurs activités de prostitution, ne seraient probablement plus disponibles pour témoigner dans le cadre de la procédure dirigée contre lui en Allemagne. Le requérant explique qu'il n'avait néanmoins aucune raison de demander que le juge d'instruction entende une deuxième fois les témoins en sa présence après son arrestation puisqu'il était parti du principe qu'il pourrait les contre-interroger lors du procès; les deux femmes auraient quoi qu'il en soit déjà quitté l'Allemagne au moment de son arrestation.

2. Le Gouvernement

83. Pour le Gouvernement, la procédure pénale dirigée contre le requérant était conforme à l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention, même si le

requérant n'a eu, à aucun stade de la procédure, la possibilité de contre-interroger O. et P.

a) Principes applicables

84. Le Gouvernement ne voit aucune raison de renforcer ou de modifier les principes établis par la Cour dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (précité), lesquels, selon lui, sont applicables en l'espèce et prévoient la possibilité de se dispenser du contre-interrogatoire de témoins dans certains cas. À son avis, il faudrait faire preuve de souplesse en transposant dans les droits continentaux les conclusions énoncées par la Cour dans cet arrêt, rendu dans un contexte de *common law*. Même si ces principes étaient appliqués, la portée des exceptions à la règle du contre-interrogatoire serait susceptible d'être plus large dans les systèmes de droit continentaux, tel l'ordre juridique allemand. Au sein de celui-ci, l'évaluation de la fiabilité des preuves serait effectuée dans une plus large mesure par des juges professionnels rompus à cet exercice, et l'appréciation des preuves apparaîtrait de manière beaucoup plus claire dans le raisonnement des décisions de justice.

85. Le Gouvernement ajoute qu'une étude de droit comparé commandée par lui montre qu'aucune des Parties contractantes à la Convention dotée d'un système de droit pénal comparable au système allemand n'accorde au défendeur un droit illimité de contre-interroger les témoins à charge à l'audience. De plus, dans de nombreux autres systèmes juridiques, il ne serait pas interdit d'avoir recours aux retranscriptions d'auditions antérieures même dans les cas où l'accusé n'a pas été en mesure d'interroger le témoin concerné à ce stade.

b) Sur le point de savoir si l'absence de O. et P. au procès se justifiait par un motif sérieux

86. Le Gouvernement estime que la non-comparution de O. et P. au procès se justifiait par un motif sérieux au sens de la jurisprudence de la Cour. D'après lui, le tribunal régional a déployé tous les efforts raisonnables pour que les deux femmes, qui résidaient et travaillaient légalement en Allemagne, puissent être entendues en personne lors du procès ou être interrogées dans le cadre d'une vidéoconférence avec l'aide des juridictions lettones. Le Gouvernement rappelle que le tribunal a convoqué les intéressées à une audience et que, après réception des certificats médicaux transmis par les deux femmes, celui-ci a de nouveau tenté d'obtenir leur présence en les informant qu'elles seraient protégées et en leur demandant de préciser les conditions dans lesquelles elles seraient disposées à témoigner. Il assure que le tribunal régional n'avait pas la compétence nécessaire pour contraindre les deux témoins – des ressortissantes lettones résidant en Lettonie – à compa-

raître à une audience en Allemagne, les mesures coercitives étant interdites par l'article 8 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (paragraphe 66 ci-dessus).

87. Le Gouvernement indique que le tribunal régional a alors demandé aux autorités lettones, conformément aux règles applicables en matière d'entraide judiciaire, de faire convoquer les témoins par un tribunal en Lettonie en vue d'organiser une audition par vidéoconférence. Le tribunal letton aurait toutefois annulé l'audition après une discussion préliminaire avec les témoins, qui auraient de nouveau présenté des certificats médicaux. La demande adressée par le tribunal régional à la juridiction lettone pour la prier de vérifier les motifs donnés par O. et P. pour refuser de témoigner, ou d'envisager d'autres moyens de les interroger, serait restée sans réponse. Pour le Gouvernement, rien n'indique qu'il aurait été possible d'organiser l'audition des deux femmes en recourant à d'autres moyens, par exemple des négociations bilatérales au niveau politique, éventualité que le requérant aurait du reste mentionnée pour la première fois dans la procédure devant la Cour.

c) Sur le point de savoir si les dépositions des témoins absents ont constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant

88. Le Gouvernement observe que, selon l'avis du tribunal régional, décisif à cet égard, les dépositions faites par O. et P. ont été « pertinentes » (*maßgeblich*) pour fonder la condamnation du requérant. Il ajoute que d'autres éléments de preuve importants ont cependant aussi été produits, notamment les résultats des mesures de surveillance policière et les déclarations du requérant lui-même, qui ont permis de vérifier la véracité des dépositions des deux témoins. La question de savoir si, à la lumière de ces autres éléments, les dépositions en question s'analysent en une « preuve déterminante » au sens de la jurisprudence de la Cour n'a selon lui pas besoin d'être tranchée : le Gouvernement estime en effet qu'en tout état de cause, il existait en l'espèce des éléments compensateurs suffisants, comme cela doit être le cas, pour contrebalancer l'impossibilité pour la défense d'interroger les témoins.

d) Sur le point de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense

89. Le Gouvernement soutient que l'impossibilité pour le requérant d'interroger O. et P. a été suffisamment compensée par l'attitude du tribunal régional, qui s'est livré à une appréciation exhaustive et critique de la crédibilité des dépositions en cause. Pour lui, le tribunal régional a évalué les témoignages des deux témoins à charge avec une prudence particulière,

notamment en comparant les déclarations faites par les deux femmes lors de leurs différents interrogatoires.

90. Le Gouvernement soutient qu'en vertu des règles de la procédure pénale allemande, tant le tribunal que le ministère public étaient tenus de vérifier les éléments à charge et ceux à décharge, ce qui, à ses yeux, permettait de compenser en partie l'impossibilité pour un accusé de contre-interroger un témoin à charge.

91. Pour vérifier la véracité des dépositions de O. et de P., le tribunal régional se serait appuyé sur un grand nombre d'éléments de preuve venant corroborer les dépositions litigieuses, y compris des témoignages par ouï-dire et des données concrètes fiables obtenues à la faveur des mesures de surveillance dont le requérant avait fait l'objet. Il se serait notamment agi de l'analyse des données de géolocalisation issues du téléphone portable de l'intéressé et de l'enregistrement d'une conversation téléphonique intervenue entre lui et l'un de ses coaccusés au moment de l'infraction, dans laquelle il aurait décrit comment l'une des deux femmes avait sauté du balcon pour lui échapper et comment il l'avait poursuivie.

92. Le Gouvernement rappelle que le requérant a eu de plus la possibilité de contre-interroger pratiquement toutes les personnes qui avaient entendu les deux femmes au stade de l'enquête ainsi que de contester leur crédibilité. Il précise que ces mêmes personnes ont également été interrogées par le tribunal régional sur le comportement et l'état émotionnel des deux témoins pendant ces auditions.

93. Au sujet de l'impossibilité pour le requérant et son avocat d'interroger les témoins O. et P. au stade de l'enquête, le Gouvernement plaide que le juge d'instruction a exclu la participation du requérant à l'audition conformément à l'article 168c § 3 du code de procédure pénale afin d'assurer la protection des deux femmes et de veiller à l'établissement de la vérité. Il explique que O. et P., qui avaient très peur des auteurs du cambriolage, n'auraient pas fait des dépositions complètes et fiables sur l'incident en présence du requérant. Pour le Gouvernement, les intéressées avaient des raisons légitimes de craindre des représailles de sa part, étant donné que le requérant était soupçonné d'avoir commis un cambriolage similaire à Kassel.

94. Le Gouvernement ajoute que, comme les témoins avaient des motifs de redouter que l'avocat désigné pour représenter le requérant n'informât celui-ci de l'audition et des déclarations qu'elles feraient à cette occasion, la présence de l'avocat aurait également incité les deux femmes à se taire ou à faire des déclarations inexactes. Il rappelle qu'en vertu de l'article 168c § 5 du code de procédure pénale le tribunal du fond n'était pas tenu de notifier la tenue de l'audition à l'avocat qui aurait été désigné pour représenter le requérant s'il estimait qu'une telle notification risquait de compromettre

les résultats de l'enquête. Invoquant la jurisprudence de la Cour fédérale de justice (notamment l'arrêt rendu le 25 juillet 2000 par cette juridiction – paragraphes 58-59 et 62 ci-dessus), le Gouvernement soutient que, dès lors, la désignation d'un avocat et la présence de celui-ci à l'audition devant le juge d'instruction n'étaient pas requises.

95. Le Gouvernement observe qu'à la suite de son arrestation le requérant n'a pas demandé à ce que les deux femmes fussent de nouveau interrogées en sa présence pendant la phase d'enquête. Il souligne qu'il n'était pas prévisible que O. et P. refuseraient de comparaître au procès étant donné que le requérant et ses complices, qui étaient alors en détention, représentaient un risque moindre pour les deux femmes. Quoi qu'il en soit, le requérant n'aurait jamais introduit une quelconque demande énonçant les questions qu'il aurait souhaité poser aux témoins, dont l'identité et le sort lui étaient connus, ou les fondements sur lesquels il aurait souhaité contester leur crédibilité.

3. *Le gouvernement tchèque, tiers intervenant*

96. Le gouvernement tchèque estime que la présente affaire offre à la Cour la possibilité de préciser et d'affiner les principes dégagés dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (précité). Il estime que les critères relatifs à l'admission des dépositions de témoins absents, élaborés dans cet arrêt dans le contexte d'un système de *common law*, ne sont pas pleinement transposables dans les systèmes de droit continentaux. À son avis, la Cour devrait tenir compte des spécificités de l'ordre juridique concerné.

97. Pour le tiers intervenant, la Cour, avant d'examiner s'il existait des motifs sérieux justifiant l'admission à titre de preuve de la déposition d'un témoin absent (il se réfère à cet égard à l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 120), devrait d'abord vérifier si la déposition litigieuse a constitué la preuve unique ou déterminante ayant motivé la condamnation de l'accusé, ainsi qu'elle l'aurait fait, par exemple, dans les affaires *Sarkizov et autres c. Bulgarie* (n^{os} 37981/06 et 3 autres, § 58, 17 avril 2012) et *Damir Sibgatullin c. Russie* (n^o 1413/05, §§ 54-56, 24 avril 2012). Dans une situation où la déposition d'un témoin absent ne revêt pas un caractère déterminant, il serait inutile de démontrer l'existence d'un motif sérieux de ne pas accorder à la défense la possibilité d'interroger ce témoin. De plus, le gouvernement tchèque estime que la Cour devrait préciser si elle admet toujours que le principe « à l'impossible nul n'est tenu » constitue une bonne raison d'admettre à titre de preuve la déposition d'un témoin absent. Pour le tiers intervenant, cela est particulièrement pertinent dans le cas d'un témoin qui a quitté le pays, situation dans laquelle les juridictions nationales n'auraient pas le pouvoir d'employer des moyens coercitifs pour assurer la présence de celui-ci au procès.

98. Le gouvernement tchèque soutient en outre que c'est aux juridictions nationales qu'il appartient d'apprécier l'importance de la déposition d'un témoin pour l'issue de l'affaire. Il explique que si la Cour devait procéder à une analyse détaillée du caractère déterminant ou du degré d'importance de la preuve en question, cela pourrait entrer en conflit avec la marge d'appréciation laissée aux autorités internes et avec le principe selon lequel la Cour ne saurait jouer le rôle d'une quatrième instance.

99. De l'avis du gouvernement tchèque, l'approche relativement souple adoptée par la Cour dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (précité) quant à la question de la preuve unique ou déterminante nuit à la prévisibilité de sa jurisprudence. Par ailleurs, le tiers intervenant souhaiterait que la Cour précise quels sont les éléments pouvant être considérés comme suffisamment compensateurs en sorte de prévenir toute violation de l'article 6 de la Convention.

C. Appréciation de la Grande Chambre

1. Rappel des principes pertinents

a) Principes généraux

100. La Cour rappelle que les exigences du paragraphe 3 d) de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le paragraphe 1 de cette disposition (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118); elle examinera donc le grief du requérant sous l'angle de ces deux textes combinés (*Windisch c. Autriche*, 27 septembre 1990, § 23, série A n° 186, et *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, § 43, série A n° 238).

101. Lorsqu'elle examine un grief tiré de l'article 6 § 1, la Cour doit essentiellement déterminer si la procédure pénale a globalement revêtu un caractère équitable (voir, entre autres, *Taxquet c. Belgique* [GC], n° 926/05, § 84, CEDH 2010, et autres références). Pour ce faire, elle envisage la procédure dans son ensemble, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, et vérifie le respect non seulement des droits de la défense mais aussi de l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis (*Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, §§ 163 et 175, CEDH 2010), ainsi que, si nécessaire, des droits des témoins (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118, et autres références, et *Hümmer*, précité, § 37).

102. Les principes qu'il convient d'appliquer dans toute affaire où le tribunal admet à titre de preuves les déclarations antérieures d'un témoin à charge n'ayant pas comparu au procès ont été résumés et précisés dans l'arrêt (précité) rendu par la Grande Chambre le 15 décembre 2011 en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery*.

103. La Cour a rappelé dans cet arrêt que l'article 6 § 3 d) consacre le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118).

104. À cet égard, la Cour souligne l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase fixent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès (*Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 54, CEDH 2008). Si l'article 6 de la Convention a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider du « bien-fondé de l'accusation », il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6 – spécialement son paragraphe 3 – peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, et dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès (*Salduz*, précité, § 50, avec un renvoi à *Imbrioscia c. Suisse*, 24 novembre 1993, § 36, série A n° 275).

105. Cependant, l'emploi à titre de preuves de dépositions remontant à la phase de l'enquête de police et de l'instruction ne se heurte pas en soi aux paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense. En règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 118, et autres références; voir également *A.G. c. Suède* (déc.), n° 315/09, 10 janvier 2012, et *Trampevski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 4570/07, § 44, 10 juillet 2012).

106. Dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, la Cour a conclu que l'admission à titre de preuve de la déposition faite avant le procès par un témoin absent de celui-ci et constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emportait pas automatiquement violation de l'article 6 § 1. Elle a expliqué qu'une application rigide de la règle de la « preuve unique ou déterminante » (selon laquelle un procès n'est pas équitable si la condamnation de l'accusé repose uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions de témoins qu'à aucun stade de la procédure il n'a pu interroger – *ibidem*, §§ 128 et 147) irait à l'encontre de la manière dont elle aborde traditionnellement le droit à un procès équitable au titre de l'article 6 § 1, à savoir en examinant si la procédure dans son ensemble a revêtu un caractère équitable. La Cour a cependant ajouté que, eu égard aux risques inhérents aux dépositions de témoins absents, l'admission d'une preuve de ce type est un

facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure (*ibidem*, §§ 146-147).

107. Selon les principes dégagés dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, l'examen de la compatibilité avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention d'une procédure dans laquelle les déclarations d'un témoin qui n'a pas comparu et n'a pas été interrogé pendant le procès sont utilisées à titre de preuves comporte trois étapes (*ibidem*, § 152). La Cour doit rechercher :

i. s'il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin et, en conséquence, l'admission à titre de preuve de sa déposition (*ibidem*, §§ 119-125) ;

ii. si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation (*ibidem*, §§ 119 et 126-147) ; et

iii. s'il existait des éléments compensateurs, notamment des garanties procédurales solides, suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission d'une telle preuve et pour assurer l'équité de la procédure dans son ensemble (*ibidem*, § 147).

108. S'agissant de l'applicabilité des principes exposés ci-dessus dans le contexte des divers types d'ordres juridiques des États contractants, en particulier des systèmes de *common law* et des systèmes de droit continentaux, la Cour rappelle que, s'il importe qu'elle tienne compte des différences significatives qui peuvent exister entre les divers systèmes juridiques et les procédures qu'ils prévoient, notamment quant à la recevabilité des preuves dans les procès pénaux, il reste que, lorsqu'elle examine la question du respect ou non des paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6 dans une affaire donnée, elle doit appliquer les mêmes critères d'appréciation quel que soit l'ordre juridique dont émane l'affaire (*ibidem*, § 130).

109. De plus, dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation pertinente. Elle doit au contraire se limiter autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas dont elle est saisie (voir, parmi beaucoup d'autres, *N.C. c. Italie* [GC], n° 24952/94, § 56, CEDH 2002-X, et *Taxquet*, précité, § 83). Lorsqu'elle examine une affaire, la Cour tient évidemment compte des différences qui existent entre les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention s'agissant de questions telles que l'admission de la déposition d'un témoin absent et le besoin consécutif de garanties pour assurer l'équité de la procédure. En l'espèce, elle aura dûment égard à de telles différences lorsqu'elle recherchera, en particulier, s'il existait des éléments suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission des témoignages non vérifiés (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 146).

b) Relation entre les trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery*

110. La Cour estime que l'application des principes élaborés dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery* et dans sa jurisprudence ultérieure dénote un besoin de clarification de la relation entre les trois étapes susmentionnées du critère *Al-Khawaja et Tahery* s'agissant d'examiner la conformité avec la Convention d'un procès dans le cadre duquel des dépositions non vérifiées de témoins à charge ont été admises à titre de preuves. Il est évident que chacune des trois étapes de ce critère doit faire l'objet d'un examen si – comme dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* – elle répond par l'affirmative à la question soulevée au regard de la première étape (celle de savoir si l'absence du témoin au procès se justifiait par un motif sérieux) et à celle qui se pose dans le cadre de la deuxième étape (le point de savoir si la déposition du témoin absent a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur) (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, §§ 120 et 147). La Cour est cependant appelée à indiquer s'il lui faut se livrer à un examen de l'ensemble des trois étapes également dans les affaires où elle répond par la négative à la question posée pour la première étape ou à celle relative à la deuxième étape, ainsi qu'à préciser l'ordre dans lequel elle doit se pencher sur ces différentes étapes.

i. Sur le point de savoir si l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin emporte en soi violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d)

111. Concernant le point de savoir si l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin au procès (première étape du critère *Al-Khawaja et Tahery*) emporte en soi violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) sans qu'il soit nécessaire d'examiner les deuxième et troisième étapes de ce critère, la Cour observe que, dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, elle a estimé que le point de savoir s'il y avait de bonnes raisons d'admettre la déposition d'un témoin absent était une « question préliminaire » qu'il fallait examiner avant de rechercher si le témoignage en question s'analysait en une preuve unique ou déterminante (*ibidem*, § 120). Elle y a également dit que, dans des affaires où la déposition du témoin absent n'avait pas revêtu le caractère d'une preuve unique ou déterminante, elle avait conclu à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) au motif qu'il n'avait pas été démontré que l'impossibilité faite à la défense d'interroger le témoin était justifiée par un motif sérieux (*ibidem*, avec d'autres références).

112. La Cour observe que l'exigence relative à la justification de la non-comparution d'un témoin a été élaborée dans sa jurisprudence en lien avec la question de savoir si la condamnation de l'accusé reposait uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déposition d'un témoin absent (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 128). Elle rappelle que son arrêt *Al-Khawaja*

et Tahery, dans lequel elle s'est écartée de la règle de la « preuve unique ou déterminante », était motivé par la volonté d'abandonner une règle s'appliquant de manière automatique et de revenir à un examen traditionnel de l'équité globale de la procédure (*ibidem*, §§ 146-147). Toutefois, on en arriverait à la création d'une nouvelle règle automatique si un procès devait être considéré comme inéquitable pour la seule raison que la non-comparution du témoin ne se justifiait par aucun motif sérieux, même si la preuve non vérifiée n'était ni unique ni déterminante, voire était sans incidence pour l'issue de l'affaire.

113. La Cour relève que, dans un certain nombre d'affaires postérieures à l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, elle a examiné l'équité du procès de manière globale, en ayant égard aux trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* (*Salikhov c. Russie*, n° 23880/05, §§ 118-119, 3 mai 2012, *Asadbeyli et autres c. Azerbaïdjan*, nos 3653/05 et 5 autres, § 134, 11 décembre 2012, *Yevgeniy Ivanov c. Russie*, n° 27100/03, §§ 45-50, 25 avril 2013, et *Şandru c. Roumanie*, n° 33882/05, §§ 62-70, 15 octobre 2013). Toutefois, dans d'autres affaires, l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin à charge lui a suffi pour conclure à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) (*Rudnichenko c. Ukraine*, n° 2775/07, §§ 105-110, 11 juillet 2013, et *Nikolitsas c. Grèce*, n° 63117/09, § 35, 3 juillet 2014, même si, dans cette dernière affaire, la Cour a examiné les autres étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* – *ibidem*, §§ 36-39). Dans d'autres affaires encore, elle a adopté une approche plus nuancée et a considéré l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin à charge comme un élément décisif pour conclure au manque d'équité du procès, sauf si la déposition du témoin absent était manifestement hors de propos pour l'issue de l'affaire (*Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, nos 11082/06 et 13772/05, §§ 709-716, 25 juillet 2013, *Cevat Soysal c. Turquie*, n° 17362/03, §§ 76-79, 23 septembre 2014, et *Suldin c. Russie*, n° 20077/04, §§ 56-59, 16 octobre 2014). Au vu de ce qui précède (paragraphe 111-112 ci-dessus), la Grande Chambre estime que l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin ne peut en soi rendre un procès inéquitable. Cela étant, le manque de motif sérieux justifiant l'absence d'un témoin à charge constitue un élément de poids s'agissant d'apprécier l'équité globale d'un procès; pareil élément est susceptible de faire pencher la balance en faveur d'un constat de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d).

ii. *Sur la question de savoir si des éléments compensateurs suffisants sont quand même nécessaires lorsque le témoignage non vérifié ne constituait pas l'élément à charge unique ou déterminant*

114. Dans son arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, la Cour s'est penchée sur la nécessité de la présence d'éléments compensateurs suffisants pour garan-

tir une appréciation équitable et correcte de la fiabilité des dépositions de témoins absents dans des cas où la condamnation de l'accusé avait reposé exclusivement ou dans une mesure déterminante sur des preuves de ce type (*ibidem*, § 147).

115. Quant à la question de savoir s'il faut vérifier l'existence d'éléments compensateurs suffisants même dans les cas où le poids donné à la déposition d'un témoin absent n'a pas atteint le seuil requis pour que celle-ci puisse être considérée comme la preuve unique ou déterminante ayant motivé la condamnation du défendeur, la Cour rappelle qu'elle juge nécessaire, en règle générale, d'examiner l'équité de la procédure dans son ensemble. Cela inclut traditionnellement un examen tant de l'importance pour l'accusation des déclarations non vérifiées que des mesures prises par les autorités judiciaires afin de compenser les difficultés causées à la défense (*Gani c. Espagne*, n° 61800/08, § 41, 19 février 2013, avec de nombreuses références; voir également *Fafrowicz c. Pologne*, n° 43609/07, §§ 58-63, 17 avril 2012, *Sellick et Sellick c. Royaume-Uni* (déc.), n° 18743/06, §§ 54-55, 16 octobre 2012, concernant les déclarations de témoins absents qualifiées d'« importantes », *Beggs c. Royaume-Uni* (déc.), n° 15499/10, §§ 156-159, 16 octobre 2012, concernant la déposition d'un témoin absent considérée comme n'étant qu'une preuve circonstancielle parmi d'autres, *Štefančíč c. Slovaquie*, n° 18027/05, §§ 42-47, 25 octobre 2012, concernant la déposition d'un témoin absent décrite comme l'un des éléments sur lesquels se fondait la condamnation du requérant, et *Garofolo c. Suisse* (déc.), n° 4380/09, §§ 52 et 56-57, 2 avril 2013; mais voir également *Matysina c. Russie*, n° 58428/10, §§ 164-165, 27 mars 2014, et *Horncastle et autres c. Royaume-Uni*, n° 4184/10, §§ 150-151, 16 décembre 2014, deux affaires dans lesquelles la Cour, au vu du peu d'importance du témoignage du témoin absent, n'a pas recherché s'il existait des éléments compensateurs).

116. Le souci de la Cour étant de s'assurer que la procédure dans son ensemble était équitable, elle doit vérifier s'il existait des éléments compensateurs suffisants non seulement dans les affaires dans lesquelles les déclarations d'un témoin absent constituaient le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur, mais aussi dans celles où, après avoir apprécié l'évaluation faite par les tribunaux internes de l'importance de pareilles dépositions (selon le processus décrit en détail au paragraphe 124 ci-dessous), elle juge difficile de discerner si ces éléments constituaient la preuve unique ou déterminante mais est néanmoins convaincue qu'ils revêtaient un poids certain et que leur admission pouvait avoir causé des difficultés à la défense. La portée des facteurs compensateurs nécessaires pour que le procès soit considéré comme équitable

dépendra de l'importance que revêtent les déclarations du témoin absent. Plus cette importance est grande, plus les éléments compensateurs devront être solides afin que la procédure dans son ensemble soit considérée comme équitable.

iii. Sur l'ordre des trois étapes du critère Al-Khawaja et Tahery

117. La Cour relève que dans l'affaire *Al-Khawaja et Tahery*, précitée, elle a estimé que le point de savoir si la non-comparution du témoin se justifiait par un motif sérieux (première étape), et donc s'il y avait de bonnes raisons d'admettre à titre de preuve la déposition de ce témoin, constituait une question préliminaire qu'il fallait examiner avant de rechercher si le témoignage en question s'analysait en une preuve unique ou déterminante (deuxième étape – *ibidem*, § 120). Le terme « préliminaire », dans ce contexte, peut s'entendre en un sens temporel : le tribunal du fond doit tout d'abord décider s'il existe un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin et si, en conséquence, la déposition du témoin absent peut être admise. Ce n'est qu'une fois cette déposition admise à titre de preuve que le tribunal du fond peut apprécier, à la fin du procès et eu égard à l'ensemble des éléments de preuve administrés, l'importance de la déposition du témoin absent et, en particulier, la question de savoir si cette déposition constitue l'élément unique ou déterminant pour condamner le défendeur. Du poids de la déposition faite par le témoin absent dépendra le degré d'importance que devront revêtir les éléments compensateurs (troisième étape) afin de garantir l'équité du procès dans son ensemble.

118. Dans ces conditions, il sera en règle générale pertinent d'examiner les trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* dans l'ordre défini dans cet arrêt (paragraphe 107 ci-dessus). Toutefois, les trois étapes du critère sont interdépendantes et, prises ensemble, servent à établir si la procédure pénale en cause a été globalement équitable. Il peut donc être approprié, dans une affaire donnée, d'examiner ces étapes dans un ordre différent, notamment lorsque l'une d'elles se révèle particulièrement probante pour déterminer si la procédure a été ou non équitable (voir à cet égard, par exemple, *Nechto c. Russie*, n° 24893/05, §§ 119-125 et 126-127, 24 janvier 2012, *Mitkus c. Lettonie*, n° 7259/03, §§ 101-102 et 106, 2 octobre 2012, *Gani*, précité, §§ 43-45, et *Şandru*, précité, §§ 62-66 ; dans toutes ces affaires, la deuxième étape, c'est-à-dire la question de savoir si les déclarations du témoin absent constituaient l'élément à charge unique ou déterminant, a été examinée avant la première étape, c'est-à-dire la question de l'existence d'un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin).

**c) Principes relatifs à chacune des trois étapes
du critère *Al-Khawaja et Tahery***

*i. Sur le point de savoir si l'absence d'un témoin au
procès se justifiait par un motif sérieux*

119. Pareil motif doit exister du point de vue du tribunal du fond, c'est-à-dire que celui-ci doit avoir eu de bonnes raisons, factuelles ou juridiques, de ne pas assurer la comparution du témoin au procès. S'il y avait un motif sérieux justifiant la non-comparution du témoin au sens ainsi défini, il s'ensuit qu'il existait une raison valable ou une justification pour que le tribunal du fond admît à titre de preuve la déposition non vérifiée du témoin absent. La non-comparution d'un témoin à un procès peut s'expliquer par diverses raisons, par exemple la peur ou le décès de l'intéressé (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, §§ 120-125), des raisons de santé (voir, par exemple, *Bobes c. Roumanie*, n° 29752/05, § 39, 9 juillet 2013, *Vronchenko c. Estonie*, n° 59632/09, § 58, 18 juillet 2013, et *Matytsina*, précité, § 163), ou encore l'impossibilité d'entrer en contact avec le témoin.

120. Dans les affaires concernant l'absence d'un témoin pour cette dernière raison, la Cour exige du tribunal du fond qu'il ait fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour assurer la comparution de l'intéressé (*Gabrielyan c. Arménie*, n° 8088/05, § 78, 10 avril 2012, *Tseber c. République tchèque*, n° 46203/08, § 48, 22 novembre 2012, et *Kostecki c. Pologne*, n° 14932/09, § 65-66, 4 juin 2013). L'impossibilité pour les juridictions internes d'entrer en contact avec le témoin concerné ou le fait que celui-ci ait quitté le territoire du pays dans lequel l'instance est conduite ont été jugés insuffisants en soi pour satisfaire à l'article 6 § 3 d), lequel exige des États contractants qu'ils prennent des mesures positives pour permettre à l'accusé d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge (*Gabrielyan*, précité, § 81, *Tseber*, précité, § 48, et *Lučić c. Croatie*, n° 5699/11, § 79, 27 février 2014). Pareilles mesures relèvent en effet de la diligence que les États contractants doivent déployer pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6 (*Gabrielyan*, précité, § 81, et autres références), faute de quoi l'absence du témoin est imputable aux autorités internes (*Tseber*, précité, § 48, et *Lučić*, précité, § 79).

121. Il n'appartient pas à la Cour de dresser la liste des mesures concrètes devant être prises par les juridictions internes pour que l'on puisse dire que celles-ci ont déployé tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles afin de garantir la comparution d'un témoin qu'elles ne sont finalement pas parvenues à localiser (*Tseber*, précité, § 49). Il est clair en revanche qu'elles doivent avoir recherché activement le témoin avec l'aide des autorités nationales, notamment de la police (*Salikhov*, précité,

§§ 116-117, *Prájiná c. Roumanie*, n° 5592/05, § 47, 7 janvier 2014, et *Lučić*, précité, § 79), et, en règle générale, avoir eu recours à l'entraide judiciaire internationale lorsque le témoin en question résidait à l'étranger et que pareil mécanisme était disponible (*Gabrielyan*, § 83, *Fafrowicz*, § 56, *Lučić*, § 80, et *Nikolitsas*, § 35, tous précités).

122. Pour que les autorités soient considérées comme ayant déployé tous les efforts raisonnables pour assurer la comparution d'un témoin, il faut aussi que les tribunaux internes aient procédé à un contrôle minutieux des raisons données pour justifier l'incapacité du témoin à assister au procès, en tenant compte de la situation particulière de l'intéressé (*Nechto*, § 127, *Damir Sibgatullin*, § 56, et *Yevgeniy Ivanov*, § 47, tous précités).

ii. *Sur le point de savoir si la déposition du témoin absent constituait le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur*

123. Quant à la question de savoir si la déposition d'un témoin absent admise en tant que preuve a constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur (deuxième étape du critère *Al-Khawaja et Tahery*), la Cour rappelle que le mot « unique » renvoie à une preuve qui est la seule à peser contre un accusé (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 131). Le mot « déterminante » doit être pris dans un sens étroit, comme désignant une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la décision sur l'affaire. Si la déposition d'un témoin n'ayant pas comparu au procès est corroborée par d'autres éléments, l'appréciation de son caractère déterminant dépendra de la force probante de ces autres éléments: plus celle-ci sera importante, moins la déposition du témoin absent sera susceptible d'être considérée comme déterminante (*ibidem*).

124. La Cour n'étant pas censée s'ériger en juge de quatrième instance (*Nikolitsas*, précité, § 30), pour décider si la condamnation d'un requérant se fondait exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les déclarations de témoins absents, elle doit partir des décisions des tribunaux internes (*Beggs*, § 156, *Kostecki*, § 67, et *Horncastle et autres*, §§ 141 et 150, tous précités). Elle doit vérifier l'évaluation des tribunaux internes à la lumière de l'acception qu'elle donne aux termes « preuve unique » et « preuve déterminante » et s'assurer par elle-même que l'évaluation faite par les tribunaux internes du poids de la preuve n'était pas inacceptable ou arbitraire (*McGlynn c. Royaume-Uni* (déc.), n° 40612/11, § 23, 16 octobre 2012, et *Garofolo*, précité, §§ 52-53). Elle doit également se livrer à sa propre appréciation de l'importance accordée à la déposition du témoin absent si les juridictions internes n'ont pas indiqué leur position à cet égard ou si celle-ci n'est pas claire (*Fafrowicz*, précité, § 58, *Pichugin c. Russie*, n° 38623/03, §§ 196-200, 23 octobre 2012, *Tseber*, précité, §§ 54-56, et *Nikolitsas*, précité, § 36).

iii. *Sur le point de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense*

125. Quant à la question de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission comme preuve de témoignages non vérifiés (troisième étape du critère *Al-Khawaja et Tahery*), la Cour rappelle que ces éléments compensateurs doivent permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de pareille preuve (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 147).

126. La Cour a considéré comme une garantie importante le fait que les juridictions internes se soient penchées avec prudence sur les déclarations non vérifiées d'un témoin absent (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 161, *Gani*, précité, § 48, et *Brzuszczyński c. Pologne*, n° 23789/09, §§ 85-86, 17 septembre 2013). Les tribunaux doivent avoir démontré qu'ils étaient conscients de la valeur réduite des déclarations du témoin absent (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 157, et *Bobes*, précité, § 46). Dans ce contexte, la Cour examine si les juridictions internes ont expliqué en détail pourquoi elles considéraient que ces déclarations étaient fiables, tout en tenant compte des autres éléments de preuve disponibles (*Brzuszczyński*, précité, §§ 85-86 et 89, *Präjinä*, précité, § 59, et *Nikolitsas*, précité, § 37). De même, la Cour a égard aux instructions données au jury par le juge du fond quant à la façon d'aborder la déposition d'un témoin absent (voir, par exemple, *Sellick et Sellick*, précité, § 55).

127. Par ailleurs, la diffusion à l'audience d'un enregistrement vidéo de l'interrogatoire au stade de l'enquête du témoin absent, si cela est possible, constitue une garantie supplémentaire de nature à permettre au tribunal, au ministère public et à la défense d'observer le comportement du témoin pendant l'interrogatoire et de se former leur propre opinion quant à sa fiabilité (*A.G. c. Suède*, décision précitée, *Chmura c. Pologne*, n° 18475/05, § 50, 3 avril 2012, *D.T c. Pays-Bas* (déc.), n° 25307/10, § 50, 2 avril 2013, *Yevgeniy Ivanov*, précité, § 49, *Rosin c. Estonie*, n° 26540/08, § 62, 19 décembre 2013, et *González Nájera c. Espagne* (déc.), n° 61047/13, § 54, 11 février 2014).

128. La production au procès d'éléments de preuve venant corroborer la déposition non vérifiée constitue une autre garantie de grand poids (voir, entre autres, *Sică c. Roumanie*, n° 12036/05, §§ 76-77, 9 juillet 2013, *Brzuszczyński*, précité, § 87, et *Präjinä*, précité, §§ 58 et 60). Parmi ces éléments on peut citer notamment des déclarations faites au procès par des personnes auxquelles le témoin absent a rapporté les événements immédiatement après leur survenue (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 156, *McGlynn*,

précité, § 24, *D.T. c. Pays-Bas*, décision précitée, § 50, et *Gonzáles Nájera*, décision précitée, § 55), la collecte d'autres preuves factuelles en rapport avec l'infraction, notamment des données médico-légales (voir, par exemple, *McGlynn*, précité, § 24, concernant des données ADN), ou des expertises relatives aux blessures ou à la crédibilité de la victime (comparer avec *Gani*, § 48, *Gonzáles Nájera*, § 56, et *Rosin*, § 61, tous précités). La Cour a en outre considéré comme un facteur important venant à l'appui de la déposition d'un témoin absent l'existence de fortes similitudes entre la description faite par le témoin absent de l'infraction qu'il alléguait avoir été dirigée contre lui et celle faite par un autre témoin, avec lequel rien n'indiquait qu'il y eût eu collusion, d'une infraction comparable commise par le même défendeur. Cela vaut d'autant plus si ce dernier témoin dépose au procès et que sa fiabilité est vérifiée par un contre-interrogatoire (comparer avec *Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 156).

129. De plus, dans les cas où un témoin est absent et ne peut être interrogé au procès, la possibilité offerte à la défense de poser ses propres questions au témoin indirectement, par exemple par écrit, au cours du procès constitue une garantie importante (*Yevgeniy Ivanov*, précité, § 49, et *Scholer c. Allemagne*, n° 14212/10, § 60, 18 décembre 2014).

130. Le fait d'avoir donné au requérant ou à son avocat la possibilité d'interroger le témoin au stade de l'enquête constitue également une solide garantie permettant de compenser les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission au procès de dépositions non vérifiées (voir, entre autres, *A.G. c. Suède*, décision précitée, *Gani*, précité, § 48, et *Sandru*, précité, § 67). À cet égard, la Cour a jugé que, dès lors que les autorités d'enquête avaient estimé au stade de l'enquête qu'un témoin ne serait pas entendu au procès, il était essentiel de donner à la défense la possibilité de poser des questions à la victime pendant l'enquête préliminaire (*Rosin*, précité, §§ 57 et suiv., en particulier §§ 57 et 60, et *Vronchenko*, précité, §§ 61 et 63, ces deux affaires portant sur l'absence au procès de la victime mineure d'une infraction sexuelle en vue de la protection du bien-être de l'enfant; comparer aussi avec *Aigner c. Autriche*, n° 28328/03, §§ 41-42, 10 mai 2012, et *Trampevski*, précité, § 45). Pareilles auditions dans la phase antérieure au procès sont au demeurant souvent organisées en vue de prévenir le risque qu'un témoin crucial ne soit pas disponible pour venir à la barre (*Chmura*, précité, § 51).

131. Le défendeur doit en outre se voir offrir la possibilité de donner sa propre version des faits et de mettre en doute la crédibilité du témoin absent en soulignant toute incohérence ou contradiction avec les déclarations d'autres témoins (*Aigner*, précité, § 43, *D.T. c. Pays-Bas*, décision précitée, § 50, *Garofolo*, précité, § 56, et *Gani*, précité, § 48). Lorsque l'identité

du témoin est connue de la défense, celle-ci est en mesure d'identifier et d'analyser les motifs que le témoin peut avoir de mentir, et donc de contester sa crédibilité de manière effective même en son absence, bien que dans une mesure moindre qu'au cours d'une confrontation directe (*Tseber*, § 63, *Garofolo*, § 56, *Sicã*, § 73, et *Brzuszczyński*, § 88, tous précités).

2. Application de ces principes en l'espèce

a) Sur le point de savoir si l'absence au procès de O. et P. se justifiait par un motif sérieux

132. En l'espèce, la Cour examinera tout d'abord si, du point de vue du tribunal du fond, il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution au procès des témoins à charge O. et P. et si, en conséquence, ce tribunal avait une raison valable ou une justification pour admettre à titre de preuves les dépositions non vérifiées des témoins absents (paragraphe 119 ci-dessus).

133. Pour déterminer si le tribunal régional avait de bonnes raisons factuelles ou juridiques de ne pas assurer la présence de O. et P. au procès, la Cour relève d'emblée que, comme le souligne à juste titre le requérant, cette juridiction n'a pas admis que l'état de santé ou les craintes des deux témoins les exonéraient de venir à la barre.

134. La Cour en veut pour preuve le fait que le tribunal régional, par une lettre du 29 août 2007, a invité les deux femmes, qui résidaient en Lettonie, à comparaître à l'audience, alors même qu'elles avaient précédemment refusé de répondre à la convocation du tribunal, se prévalant de certificats médicaux dans lesquels leur état émotionnel et psychologique était qualifié d'instable et de post-traumatique (paragraphe 23-24 ci-dessus). De plus, à la suite de l'annulation de l'audience par le tribunal letton, devant lequel O. et P. avaient de nouveau produit des certificats médicaux indiquant qu'elles souffraient toujours de troubles post-traumatiques, le tribunal régional a informé la juridiction lettone que, selon les normes de la procédure pénale allemande, les raisons avancées par les deux témoins n'étaient pas suffisantes pour justifier leur refus de déposer. Le tribunal régional a donc suggéré au juge letton compétent de faire vérifier l'état de santé et la capacité à témoigner des deux femmes par un médecin-conseil ou, à titre subsidiaire, de les contraindre à comparaître devant lui. La juridiction lettone n'a pas répondu à ces suggestions (paragraphe 26-27 ci-dessus).

135. Ce n'est qu'après que ces efforts pour organiser une audition de O. et de P. en personne se furent révélés vains que le tribunal régional a estimé qu'il existait des obstacles insurmontables l'empêchant de les entendre dans un avenir proche. Conformément à l'article 251 §§ 1, alinéa 2, et 2, alinéa 1, du code de procédure pénale, le tribunal régional a donc admis à

titre de preuves les retranscriptions des auditions de O. et de P. conduites au stade de l'enquête (paragraphe 28 ci-dessus). Le tribunal régional a ainsi pris cette mesure non pas en raison de l'état de santé ou des craintes des deux femmes (soit un motif substantiel ou factuel), mais à cause de l'impossibilité pour lui d'entrer en contact avec les témoins dès lors qu'il n'avait pas le pouvoir d'obliger les intéressées à comparaître (soit un motif procédural ou juridique).

136. Ainsi qu'il est requis dans les affaires concernant l'absence d'un témoin à charge du fait qu'il est impossible d'entrer en contact avec lui, la Cour doit examiner si la juridiction du fond a déployé tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour assurer la comparution de l'intéressé (paragraphe 120 ci-dessus). Elle relève à cet égard que le tribunal régional a pris des mesures positives considérables pour permettre à la défense, au tribunal lui-même et au ministère public d'interroger O. et P.

137. En effet, après avoir examiné d'un œil critique les raisons données par les deux femmes, telles que mentionnées dans les certificats médicaux soumis par elles, pour justifier leur refus d'assister au procès en Allemagne et après avoir estimé, comme dit ci-dessus, que ces raisons étaient insuffisantes pour justifier leur non-comparution, le tribunal régional a pris contact avec chacune d'elles pour leur proposer différentes options de nature à leur permettre de venir témoigner, options que les deux femmes ont déclinées.

138. Le tribunal régional a alors eu recours à l'entraide judiciaire internationale et a demandé que O. et P. fussent convoquées devant une juridiction lettone pour que le président du tribunal régional pût les entendre par vidéoconférence et pour permettre à la défense de les contre-interroger. Or l'audience a été annulée par la juridiction lettone, qui a admis le refus des deux femmes de déposer sur la base des certificats médicaux qu'elles avaient soumis. Après s'être de nouveau livré à un examen critique – comme mentionné ci-dessus – des raisons données par les intéressées pour justifier leur incapacité à comparaître, le tribunal régional a été jusqu'à suggérer à la juridiction lettone de faire vérifier l'état de santé des témoins par un médecin-conseil ou de les contraindre à comparaître, suggestions qui sont restées sans réponse (voir, pour plus de détails, les paragraphes 23-27 ci-dessus).

139. Au vu de ces éléments, la Grande Chambre, souscrivant à l'avis de la chambre à cet égard, estime que le tribunal régional a déployé tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui dans le cadre juridique existant (paragraphes 64-66 ci-dessus) pour assurer la présence de O. et de P. au procès. Cette juridiction ne disposait d'aucun autre moyen raisonnable dans son ressort, sur le territoire allemand, pour garantir la comparution des deux femmes, des ressortissantes lettones résidant dans leur pays natal. La Cour estime en particulier que rien n'indique que la juridiction

du fond aurait pu obtenir l'audition des témoins dans un délai raisonnable à l'issue de négociations bilatérales conduites à un niveau politique avec la République de Lettonie, comme le suggère le requérant. Conformément à l'adage « à l'impossible nul n'est tenu », l'absence des deux témoins n'était donc pas imputable à la juridiction nationale.

140. Dès lors, il existait un motif sérieux, du point de vue de la juridiction du fond, justifiant la non-comparution de O. et P. et, en conséquence, l'admission à titre de preuves des dépositions qu'elles avaient faites à la police et au juge d'instruction au stade antérieur au procès.

b) Sur le point de savoir si les dépositions des témoins absents ont constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant

141. Pour déterminer le degré d'importance des dépositions des témoins absents et, en particulier, si ces dépositions ont constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant, la Cour doit avoir égard avant tout à l'appréciation à laquelle se sont livrées les juridictions nationales. Elle relève que le tribunal régional a considéré O. et P. comme des témoins à charge essentiels (*maßgebliche Belastungszeuginnen*), mais qu'il s'est appuyé sur d'autres éléments de preuve à sa disposition (paragraphe 32 et 36 ci-dessus). La Cour fédérale de justice a pour sa part rejeté le pourvoi du requérant en se référant de manière générale au raisonnement énoncé devant elle par le procureur général. Celui-ci a estimé que ces dépositions n'avaient pas constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant puisque le tribunal régional avait pris ses conclusions en s'appuyant sur d'autres éléments de preuve significatifs (paragraphe 49 ci-dessus).

142. La Cour constate que, si les juridictions internes n'ont pas considéré les dépositions de O. et de P. comme l'élément à charge unique (c'est-à-dire le seul), elles n'ont pas indiqué clairement si elles considéraient ces dépositions comme « déterminantes », au sens qu'elle a donné à ce terme dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (qui a lui-même été rendu après l'adoption des décisions des juridictions internes en l'espèce), c'est-à-dire comme une preuve dont l'importance est telle qu'elle est susceptible d'emporter la décision sur l'affaire (paragraphe 123 ci-dessus). À cet égard, la qualification de « *maßgeblich* » donnée aux témoins (terme pouvant être traduit par « essentiel », mais aussi par « important », « significatif » ou « déterminant ») n'est pas dénuée d'ambiguïté. Par ailleurs, la référence générale faite par la Cour de justice fédérale au raisonnement exposé par le procureur général, lequel a considéré que les dépositions des témoins n'avaient pas constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation du requérant

(paragraphe 49 ci-dessus), ne saurait être comprise comme signifiant que cette juridiction a souscrit à tous les arguments avancés par le procureur.

143. Pour sa propre appréciation, à la lumière des constatations des juridictions internes, de l'importance qu'ont revêtue les dépositions litigieuses, la Cour doit avoir égard à la force probante des autres éléments à charge administrés (paragraphe 123 ci-dessus). Elle observe que le tribunal régional avait à sa disposition, en particulier, les autres éléments suivants concernant l'infraction : les témoignages par ouï-dire livrés au procès par la voisine E. et l'amie L. des deux femmes et rapportant le récit que O. et P. leur avait fait des événements du 3 février 2007 ; le propre aveu du requérant, lequel a admis lors du procès qu'il se trouvait bien dans l'appartement de O. et P. au moment des faits et qu'il avait sauté du balcon pour se lancer à la poursuite de P. ; les données de géolocalisation et les enregistrements de deux conversations téléphoniques entre le requérant et l'un de ses coaccusés concomitantes aux événements en question, qui révélaient que le requérant se trouvait dans un appartement situé dans le périmètre où l'infraction avait été commise et qu'il avait sauté du balcon pour poursuivre l'une des occupantes qui s'enfuyait ; les données GPS révélant que la voiture de l'un des coaccusés était stationnée près de l'appartement des deux femmes au moment des faits ; et, enfin, les éléments de preuve relatifs à l'infraction commise à Kassel le 14 octobre 2006 par le requérant et un complice.

144. Eu égard à ces éléments de preuve, la Cour ne peut que constater que O. et P. étaient les seuls témoins oculaires de l'incident en question. Les preuves disponibles en dehors de leurs dépositions étaient soit uniquement des témoignages par ouï-dire, soit de simples éléments circonstanciels d'ordre technique ou autre qui, en soi, ne permettaient pas d'établir de manière probante qu'il y avait eu cambriolage et extorsion de fonds. Dans ces conditions, la Cour estime que les dépositions des témoins absents ont été « déterminantes », c'est-à-dire susceptibles d'emporter la décision sur l'affaire.

c) Sur le point de savoir s'il existait des éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense

145. La Cour doit en outre se pencher sur une troisième étape, à savoir l'existence ou non d'éléments compensateurs suffisants pour contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission des preuves déterminantes émanant des témoins absents. Ainsi qu'il est démontré ci-dessus (paragraphe 125-131), les éléments suivants sont pertinents à cet égard : la façon dont le tribunal du fond a abordé les preuves non vérifiées, l'administration d'autres éléments à charge et la valeur probante de ceux-ci,

et les mesures procédurales prises en vue de compenser l'impossibilité de contre-interroger directement les deux témoins au procès.

i. La façon dont le tribunal du fond a abordé les preuves non vérifiées

146. S'agissant de l'attitude des juridictions internes envers les dépositions de O. et de P., la Cour observe que le tribunal régional a abordé celles-ci avec prudence: il a noté expressément dans son jugement qu'il s'était vu contraint d'examiner avec un soin particulier la crédibilité des deux femmes puisque ni la défense ni lui-même n'avaient été en mesure de mettre en cause et d'observer leur comportement lors du procès.

147. La Cour constate à cet égard que le tribunal régional n'a pas pu visionner au cours du procès un enregistrement vidéo de l'audition des témoins devant le juge d'instruction, cette audition n'ayant pas été enregistrée. Elle relève que dans différents ordres juridiques les juridictions du fond ont recours à cette possibilité (voir les exemples donnés au paragraphe 127 ci-dessus), qui leur permet, à elles comme à la défense et au ministère public, d'observer le comportement des témoins pendant qu'ils sont interrogés et de se faire une idée plus précise de la crédibilité des intéressés.

148. Dans son jugement soigneusement motivé, le tribunal régional a clairement reconnu être conscient que les dépositions, non vérifiées, avaient une valeur probante réduite. Il a comparé le contenu des différentes déclarations formulées par O. et P. au stade de l'enquête et a constaté que les deux femmes avaient donné des descriptions détaillées et cohérentes des circonstances de l'infraction. Il a estimé que les contradictions mineures dans les déclarations des intéressées pouvaient s'expliquer par leur souci de ne pas dévoiler leurs activités professionnelles aux autorités. Il a en outre observé que le fait que O. et P. n'avaient pas identifié le requérant montrait qu'elles n'avaient pas témoigné dans le but de l'incriminer.

149. La Cour remarque en outre que le tribunal régional, quand il a évalué la crédibilité des témoins, s'est aussi penché sur différents aspects de leur comportement relativement à leurs déclarations. Ainsi, la juridiction interne a pris en compte le fait que les deux femmes n'avaient pas immédiatement rapporté l'incident à la police et qu'elles avaient refusé sans excuse valable de venir à la barre. Elle a estimé que ce comportement pouvait s'expliquer par plusieurs raisons – à savoir la peur des intéressées de rencontrer des problèmes avec la police ou d'être victimes de représailles de la part des auteurs de l'infraction, ainsi que leur malaise à l'idée de devoir se remémorer les événements et d'être interrogées à ce propos – et n'entamait donc pas leur crédibilité.

150. Vu ce qui précède, la Cour estime que le tribunal régional s'est livré à un examen méticuleux de la crédibilité des témoins absents et de la

fiabilité de leurs dépositions. Elle relève à cet égard que sa tâche consistant à contrôler la façon dont la juridiction du fond a abordé l'élément de preuve non vérifié se trouve en l'espèce facilitée par le fait que le tribunal régional, comme c'est l'usage dans les systèmes de droit continentaux, a motivé son appréciation des preuves administrées devant lui.

ii. Disponibilité et valeur probante des autres éléments à charge

151. La Cour observe en outre que le tribunal régional, comme indiqué ci-dessus (paragraphe 143-144), a disposé d'autres témoignages par ouï-dire et d'autres preuves circonstanciées à charge qui venaient à l'appui des dépositions faites par O. et P.

iii. Mesures procédurales destinées à compenser l'impossibilité de contre-interroger directement les témoins au procès

152. La Cour constate que le requérant a eu la possibilité – dont il s'est prévalu – de donner sa propre version des faits survenus le 3 février 2007, ainsi que de mettre en doute la crédibilité des témoins absents, dont il connaissait l'identité, également en contre-interrogeant les autres personnes qui ont livré des témoignages par ouï-dire lors du procès.

153. La Cour observe cependant que le requérant n'a pas pu interroger indirectement O. et P., par exemple en leur posant des questions écrites. De plus, ni l'intéressé lui-même ni son avocat ne se sont vu offrir la possibilité au stade de l'enquête d'interroger ces témoins.

154. La Cour relève à cet égard que les parties sont en désaccord sur le point de savoir si le refus de désigner un avocat pour représenter le requérant et d'autoriser cet avocat à prendre part à l'audition des témoins devant le juge d'instruction était ou non conforme au droit interne. Elle juge cependant inutile, aux fins de la présente procédure, d'adopter un avis définitif sur cette question. Elle rappelle que, lorsqu'elle examine le respect de l'article 6 de la Convention, elle n'a point pour tâche de déterminer si les juridictions internes ont agi conformément au droit interne (comparer avec *Schenk c. Suisse*, 12 juillet 1988, § 45, série A n° 140, *Jalloh c. Allemagne* [GC], n° 54810/00, § 94, CEDH 2006-IX, et *Heglas c. République tchèque*, n° 5935/02, § 84, 1^{er} mars 2007), mais que son rôle est d'évaluer l'équité globale du procès dans les circonstances particulières de l'affaire, et notamment la manière dont les preuves ont été recueillies (paragraphe 101 ci-dessus).

155. La Cour considère qu'il lui suffit en l'espèce de constater que, en vertu des dispositions du droit allemand, les autorités de poursuite auraient pu désigner un avocat pour représenter le requérant (article 141 § 3 du code de procédure pénale combiné avec l'article 140 § 1). Cet avocat aurait été

en droit d'assister à l'audition des témoins devant le juge d'instruction et, en principe, aurait dû être avisé de la tenue de l'audition (article 168c §§ 2 et 5 du code de procédure pénale). Toutefois, ces garanties procédurales, prévues par le code de procédure pénale et renforcées par l'interprétation qu'en a fait la Cour fédérale de justice (paragraphe 58-59 ci-dessus), sont restées sans application en l'espèce.

156. La Cour souligne que, si l'article 6 § 3 d) de la Convention porte sur le contre-interrogatoire des témoins à charge pendant le procès, la façon dont est conduite l'audition de ces témoins au stade de l'instruction revêt une importance considérable pour l'équité du procès lui-même, qu'elle est susceptible de compromettre dans les cas où des témoins essentiels ne peuvent pas être entendus par le tribunal du fond et que leurs dépositions recueillies au stade de l'instruction sont donc présentées directement au procès (paragraphe 104 ci-dessus).

157. En pareilles circonstances, il faut absolument vérifier, pour déterminer si la procédure a été équitable dans son ensemble, si les autorités, au moment de l'audition conduite au stade de l'instruction, sont parties de l'hypothèse que le témoin en question ne serait pas entendu dans la phase de procès. Dès lors que les autorités d'enquête ont pu raisonnablement juger que le témoin concerné ne serait pas interrogé à l'audience devant le tribunal du fond, il est essentiel que la défense se soit vu offrir la possibilité de poser des questions à l'intéressé au stade de l'instruction (comparer aussi avec *Vronchenko*, précité, §§ 60 et suiv., et *Rosin*, précité, §§ 57 et suiv., affaires dans lesquelles les victimes mineures d'une infraction sexuelle ont eu l'assurance au stade de l'instruction qu'elles ne seraient plus interrogées ultérieurement sur l'infraction).

158. La Cour observe à cet égard que le requérant a contesté la conclusion du tribunal régional selon laquelle l'absence des témoins au procès n'était pas prévisible. Elle estime à l'instar du requérant que O. et P. ont été entendues par le juge d'instruction précisément en raison du fait que les autorités, informées du retour imminent des deux femmes en Lettonie, considéraient que leurs témoignages risquaient de disparaître, ainsi que le montre la motivation de la demande du ministère public au juge d'instruction d'entendre O. et P. à bref délai en vue d'obtenir une déposition fidèle pouvant être valablement utilisée ultérieurement au procès (paragraphe 20 ci-dessus). À cet égard, la Cour observe qu'en vertu de l'article 251 § 1 du code de procédure pénale la retranscription d'une audition de témoin conduite par un juge d'instruction avant le procès peut être lue à voix haute au procès dans des conditions moins strictes que celles valant pour les interrogatoires de police (article 251 § 2 du code de procédure pénale, paragraphe 61 ci-dessus).

159. La Cour constate qu'en l'espèce les autorités savaient que O. et P. n'avaient pas mis en cause immédiatement les auteurs de l'infraction de peur d'avoir des problèmes avec la police et de subir des représailles de leur part, qu'elles ne séjournaient en Allemagne que temporairement alors que leurs familles étaient restées en Lettonie, et qu'elles avaient expliqué qu'elles souhaitaient repartir dès que possible dans leur pays. Dans ces conditions, l'appréciation des autorités de poursuite selon laquelle il risquait de ne pas être possible d'entendre ces témoins lors d'un procès ultérieur contre le requérant en Allemagne apparaît tout à fait convaincante.

160. Or les autorités de poursuite n'ont malgré tout pas donné au requérant la possibilité (qu'il aurait pu se voir offrir en vertu des dispositions du droit interne) de faire interroger O. et P. au stade de l'instruction par un avocat désigné pour le représenter. En procédant de la sorte, elles ont pris le risque prévisible, qui s'est par la suite matérialisé, que ni l'accusé ni son avocat ne puissent être en mesure d'interroger O. et P. à quelque stade de la procédure que ce soit (voir, pour ce qui est de l'importance de la présence de l'avocat à l'audition des témoins à charge par le juge d'instruction, *Hümmer*, précité, §§ 43 et 48).

iv. Appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble

161. Pour apprécier l'équité de la procédure dans son ensemble, la Cour aura égard aux éléments compensateurs présents en l'espèce, considérés dans leur globalité à la lumière de sa conclusion selon laquelle les dépositions de O. et de P. ont été « déterminantes » pour la condamnation du requérant (paragraphe 144 ci-dessus).

162. La Cour constate que le tribunal de fond disposait d'autres preuves à charge relatives à l'infraction dont le requérant a été reconnu coupable. Toutefois, elle relève que très peu de mesures procédurales ont été prises pour compenser l'impossibilité pour la défense de contre-interroger directement O. et P. au procès. De l'avis de la Cour, offrir au défendeur la possibilité de faire interroger un témoin à charge essentiel, au moins pendant la phase antérieure au procès et par l'intermédiaire de son avocat, constitue une garantie procédurale importante de nature à protéger les droits de la défense de l'accusé, garantie dont l'absence pèse lourdement dans la balance s'agissant d'examiner l'équité globale de la procédure au regard de l'article 6 §§ 1 et 3 d).

163. Certes, le tribunal du fond s'est livré à un examen méticuleux de la crédibilité des témoins absents et de la fiabilité de leurs dépositions, s'efforçant ainsi de compenser l'absence de contre-interrogatoire des témoins, et le requérant a pu donner sa propre version des faits survenus à Göttingen. Toutefois, vu l'importance que revêtaient les déclarations de O. et P., seuls

témoins oculaires de l'infraction pour laquelle le requérant a été condamné, les mesures compensatrices prises étaient insuffisantes pour permettre une appréciation équitable et adéquate de la fiabilité des éléments de preuve non vérifiés.

164. Dès lors, la Cour estime que le fait que le requérant n'a pu, à aucun stade de la procédure, interroger ou faire interroger O. et P. a rendu la procédure inéquitable dans son ensemble.

165. Partant, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

166. 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. »

167. Le requérant n'a pas présenté de demande de satisfaction équitable dans ses observations du 25 juin 2013 en réponse aux observations du Gouvernement devant la chambre. Il a en revanche sollicité 30 000 euros (EUR) à titre de réparation et 10 000 EUR pour frais et dépens, tant dans le formulaire de requête qu'à l'audience devant la Grande Chambre, sans donner plus de détails ni fournir de preuves documentaires.

168. Le Gouvernement n'a fait aucun commentaire devant la Cour sur la question de la satisfaction équitable.

169. En vertu de l'article 60 § 2 du règlement, le requérant doit soumettre ses prétentions, chiffrées et ventilées par rubrique et accompagnées des justificatifs pertinents, dans le délai qui lui a été imparti pour la présentation de ses observations sur le fond. Si le requérant ne respecte pas ces exigences, la Cour peut rejeter tout ou partie de ses prétentions (articles 60 § 3 et 71 du règlement). Par une lettre du 15 mai 2013, la Cour a attiré l'attention du requérant sur le fait que ces règles s'appliquaient même s'il avait fait part de ses souhaits concernant la satisfaction équitable à un stade antérieur de la procédure.

170. La Cour observe que, devant la chambre, le requérant n'a présenté aucune demande de satisfaction équitable ni aucun justificatif pertinent dans le délai imparti à cet effet. L'intéressé, qui s'est vu accorder l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure devant la Cour, n'a en outre soumis aucune nouvelle prétention chiffrée, accompagnée des justificatifs requis, en ce qui concerne les frais et dépens additionnels exposés devant la Grande Chambre. En application de l'article 60 de son règlement, la Cour ne lui octroie donc aucune somme au titre de l'article 41 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par neuf voix contre huit, qu'il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention;
2. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable présentée par le requérant.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 15 décembre 2015.

Lawrence Early
Jurisconsulte

Dean Spielmann
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 commune aux juges Spielmann, Karakaş, Sajó et Keller;
- opinion dissidente commune aux juges Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney et Kūris;
- opinion dissidente du juge Kjølbro.

D.S.
T.L.E.

OPINION CONCORDANTE COMMUNE AUX
JUGES SPIELMANN, KARAKAŞ, SAJÓ ET KELLER

(Traduction)

1. Nous souscrivons au point de vue de la majorité en ce qui concerne le constat de violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention. En revanche, nous craignons que la clarification apportée en l'espèce par la majorité à l'arrêt rendu en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* ([GC], n^{os} 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011) n'occasionne un affaiblissement du rôle fondamental des droits de la défense.

2. Nous nous proposons d'exposer nos préoccupations quant à la nouvelle approche de l'application du critère à trois étapes que la Cour avait dégagé dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (I), avant de mettre en lumière certains points critiques concernant l'application de ces principes dans la présente affaire (II).

I. Clarification de la « règle de la preuve unique ou déterminante »

3. La question cruciale sous-tendant la présente espèce est la mesure dans laquelle la Cour peut appliquer le critère à trois étapes dans un ordre différent, et si l'absence de bonnes raisons justifiant la non-comparution d'un témoin emporte *automatiquement* violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) ou s'il convient dans ce cas d'examiner quand même les autres étapes.

4. La Cour a précisé d'emblée que le manque de motif sérieux justifiant l'absence d'un témoin au procès principal n'entraînait pas *automatiquement* une violation de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 113 de l'arrêt). Ensuite, elle a examiné si, dans les cas où il est difficile de discerner si la déposition de ce témoin constituait le fondement unique ou déterminant de la condamnation de l'accusé, elle devait toujours apprécier les éléments compensateurs. La Cour a également répondu à cette question par l'affirmative, estimant qu'elle devait se livrer à pareille appréciation afin de s'assurer de l'équité globale de la procédure (paragraphe 116 de l'arrêt). Elle a considéré que toutes les étapes étaient interdépendantes et que l'équité de la procédure devait se mesurer à l'aune de l'ensemble du critère (paragraphe 118 de l'arrêt).

5. Nous n'adhérons que partiellement à cette clarification. Nous partons de l'hypothèse que le critère à trois étapes dégagé dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* avait pour objectif de donner un contenu concret au critère d'équité globale dans des situations où l'accusé n'a pas pu être confronté en personne à des témoins dont les déclarations ont néanmoins été utilisées comme preuves à charge.

6. Pour nous, les trois étapes détaillées dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, tout en étant liées, sont indépendantes les unes des autres. Nous aurions préféré que la Cour déclare que l'absence injustifiée d'un témoin emporte violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention dès lors que sa déposition revêt quelque importance pour le procès, même si sa déposition ne constitue pas le fondement unique ou déterminant de la condamnation de l'accusé. En d'autres termes, si les autorités nationales ne donnent pas de bonnes raisons pour justifier l'absence du témoin, la Cour n'a pas besoin d'examiner la deuxième et la troisième étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery*. Cette approche a déjà été appliquée par la Cour dans les affaires *Gabrielyan c. Arménie* (n° 8088/05, §§ 77 et 84, 10 avril 2012), *Rudnichenko c. Ukraine* (n° 2775/07, §§ 105-110, 11 juillet 2013), *Nikolitsa c. Grèce* (n° 63117/09, § 35, 3 juillet 2014), et *Karpyuk et autres c. Ukraine* (nos 30582/04 et 32152/04, § 108, 6 octobre 2015, arrêt non définitif au moment de la rédaction de la présente opinion). Par exemple, dans l'affaire *Rudnichenko*, la Cour a constaté une violation sur la seule base de la première étape, indiquant expressément que :

« [L]es considérations ci-dessus suffisent à la Cour pour conclure qu'il n'y a pas de raisons, encore moins de bonnes raisons, qui justifient la restriction apportée au droit du requérant de faire interroger le témoin (...) Dans ces circonstances, la Cour juge inutile de continuer avec la deuxième étape du critère » (§ 109; voir, dans la même veine, par exemple, *Suldin c. Russie*, n° 20077/04, § 58, 16 octobre 2014).

Dans d'autres affaires, l'approche semble moins claire, mais il existe pour le moins une tendance à conclure que l'absence injustifiée d'un témoin essentiel emporte violation de la Convention (*Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, nos 11082/06 et 13772/05, § 715, 25 juillet 2013, et *Cevat Soysal c. Turquie*, n° 17362/03, §§ 77-78, 23 septembre 2014).

7. Nous regrettons que la majorité en l'espèce se soit engagée dans l'examen des autres étapes même en l'absence de tout motif sérieux justifiant la non-comparution des témoins. À notre avis, la défense doit avoir la possibilité de contester toute déposition de témoin qui revêt une certaine importance pour le procès. Si les juridictions nationales ne peuvent avancer aucune « bonne raison » pour l'absence d'un témoin, il y a violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention. En pareilles circonstances, non seulement pour des raisons logiques mais aussi dans l'intérêt de l'efficacité du travail de la Cour et de l'économie procédurale, nous nous prononcions en faveur d'un constat de violation dès ce stade précoce de l'arrêt.

8. Il nous paraît utile de compléter les considérations ci-dessus par une autre observation. L'approche de la Cour (paragraphes 123-124 de l'arrêt) réduit l'importance de la deuxième étape du critère (la question de savoir si la déposition constituait la « preuve unique ou déterminante »). En réalité,

le juge national va éviter de qualifier un témoignage par oui-dire de « preuve unique ou déterminante ». La présente affaire est un bon exemple de ce problème. Les juridictions nationales ont qualifié les dépositions de O. et de P. de « *maßgeblich* », terme pouvant se traduire par « essentiel », identifiant ainsi O. et P. comme des témoins clés. À cet égard, il est important que la Cour regarde au-delà du libellé de la qualification de la juridiction nationale (comme elle l'a fait aux paragraphes 143-144 de l'arrêt). Sinon, cette approche conduira en fait à un critère à deux étapes, en vertu duquel il sera seulement nécessaire d'examiner s'il existe de bonnes raisons justifiant la non-comparution du témoin et des éléments compensateurs suffisants.

9. Enfin, nous sommes d'accord avec l'idée que la Cour devrait méticuleusement examiner si les autorités nationales ont appliqué des mesures compensatrices suffisantes (paragraphes 125 et suivants).

II. Application de ces principes en l'espèce

10. En l'espèce, la Cour a d'abord examiné s'il existait une bonne raison justifiant la non-comparution de O. et P. au procès. Elle a ensuite recherché si les dépositions de ces deux témoins avaient constitué le fondement unique ou déterminant de la condamnation pénale du requérant par les juridictions nationales. Après avoir répondu à ces questions par l'affirmative, la Cour a alors examiné les divers facteurs compensateurs, pour terminer par une appréciation de l'équité globale du procès.

11. Nous souscrivons à la conclusion formulée par la majorité au paragraphe 140 selon laquelle il existait un motif sérieux justifiant la non-comparution de O. et P. Il est inutile de déterminer à ce stade si ce motif était suffisant. Quoi qu'il en soit, le tribunal du fond a fait tout ce qui était raisonnablement en son pouvoir pour garantir la comparution des deux femmes au procès.

12. Nous adhérons pleinement à la conclusion de la Cour au paragraphe 44 de l'arrêt. Nous souhaiterions souligner que le simple fait que O. et P. étaient les seuls témoins oculaires des événements en question a suffi à la Cour pour considérer leur déposition comme « déterminante » (voir également, à cet égard, le paragraphe 8 ci-dessus).

13. Avant d'examiner la dernière partie du critère *Al-Khawaja et Tahery* (éléments compensateurs), il convient de formuler une remarque préliminaire. Il existe une tendance récente au niveau national consistant à transférer vers le stade de l'enquête les mesures procédurales intervenant normalement dans la phase de procès ; la procédure dirigée contre le requérant en l'espèce constitue un bon exemple de cette tendance. Lorsque la Cour se trouve confrontée à un tel transfert, nous voyons deux réactions possibles. D'une part, la Cour pourrait estimer qu'avancer des étapes procédurales au stade

de l'enquête est totalement incompatible avec le Convention. Ce n'est pas l'approche qu'elle a adoptée. D'autre part, la Cour pourrait accepter que de telles mesures procédurales soient prises dès la phase d'enquête. Toutefois, si la Cour considère que ce déplacement de mesures procédurales vers le stade de l'enquête est conforme à la Convention, elle doit stipuler très clairement que les garanties procédurales pertinentes doivent être rigoureusement respectées, sous peine que le droit du défendeur d'être confronté à un témoin au stade du procès ne soit gravement compromis. Dans l'affaire *Salduz c. Turquie* ([GC], n° 36391/02, § 54, CEDH 2008), la Cour a déjà souligné « l'importance du stade de l'enquête pour la préparation du procès, dans la mesure où les preuves obtenues durant cette phase déterminent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès ».

14. Cela étant, nous voyons quelques difficultés en l'espèce. Le droit allemand offre deux garanties dans le type de situation en cause. En vertu de l'article 168c § 2 du code de procédure pénale, la présence de l'accusé (et de son avocat) est autorisée lorsqu'un témoin est interrogé par un juge durant la phase antérieure au procès. Dans des cas exceptionnels, l'accusé peut être exclu si sa présence devait compromettre l'issue ou le but de l'audition, en particulier si l'on peut raisonnablement craindre qu'un témoin ne dirait pas la vérité en présence de l'accusé (article 168c § 3 du code de procédure pénale). Nous avons des doutes quant à savoir si l'exclusion de l'accusé en l'espèce était conforme aux exigences de l'article 168c § 3 du code de procédure pénale. En effet, l'accusé et les témoins se connaissaient déjà. À cet égard, l'affaire peut être distinguée de l'affaire *Pesukic c. Suisse* (n° 25088/07, 6 décembre 2012), où la divulgation de l'identité du témoin était en jeu. Cela étant, si l'accusé est exclu, son avocat est en droit d'être présent.

15. La deuxième garantie doit être examinée à la lumière de la première. Selon l'article 141 § 3 du code de procédure pénale, le procureur peut désigner un avocat pour assister l'accusé lors de la phase antérieure au procès. Indépendamment de l'incertitude concernant l'interprétation correcte de cette disposition (paragraphe 58 et suivants, et paragraphe 154 du présent arrêt), les autorités nationales n'ont pas expliqué pourquoi la règle posée par l'article 141 § 3 du code de procédure pénale ne s'appliquait pas au requérant en l'espèce.

16. À la lumière des circonstances spécifiques de l'espèce, l'inapplication des deux garanties offertes par le droit interne doit être considérée comme une lacune grave de la procédure antérieure au procès. Si ces garanties ne sont pas rigoureusement appliquées aux stades précoces des investigations, les droits garantis par l'article 6 § 3 d) de la Convention pendant la phase de procès pourraient perdre de leur importance.

III. Conclusion

17. L'acceptation par la Grande Chambre qu'une appréciation globale de l'équité de la procédure soit conduite en l'absence de bonnes raisons justifiant la non-comparution d'un témoin affaiblirait grandement le droit du défendeur d'être confronté aux témoins. Nous convenons tout à fait que le critère à trois étapes doit être appliqué avec une certaine souplesse. Toutefois, une approche conduisant inconditionnellement à un examen global définitif de l'équité de la procédure donnerait trop de latitude aux autorités nationales. Pareille application du critère à trois étapes impliquerait que les différentes étapes ne seraient pas nécessaires dès lors que l'équité globale est respectée.

18. L'approche trop prudente de la Cour apparaît également de manière évidente au paragraphe 118 du présent arrêt. Bien que l'ordre des trois questions soit pertinent en principe, la majorité déclare qu'« [i]l peut (...) être approprié, dans une affaire donnée, d'examiner ces étapes dans un ordre différent ». Nous ne sommes pas convaincus que la Cour donne ainsi une orientation claire aux autorités nationales quant à l'application qu'il convient de faire du critère *Al-Khawaja et Tahery*.

19. Nous pouvons raisonnablement craindre que la clarification apportée par la Cour en l'espèce (à laquelle on se référera à l'avenir comme le « critère *Schatschaschwili* ») ne puisse se résumer en une seule question, celle de savoir si la procédure était ou non équitable dans son ensemble. Or, pareil critère global ne va pas, à notre sens, dans la direction du renforcement des droits garantis par l'article 6 § 3 d) de la Convention.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES
HIRVELÄ, POPOVIĆ, PARDALOS,
NUßBERGER, MAHONEY ET KÜRIS

(Traduction)

1. Nous regrettons de ne pouvoir souscrire au point de vue de la majorité selon lequel les droits du requérant au titre de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention ont été violés en l'espèce.

A. Quant à la récapitulation des principes pertinents

2. Il nous faut préciser d'emblée que notre divergence d'opinion avec la majorité de la Grande Chambre ne concerne pas la récapitulation des principes généraux pertinents pour l'affaire, à laquelle nous souscrivons pleinement.

3. À notre sens, la Grande Chambre confirme en l'espèce les principes établis par la Cour dans son arrêt du 15 décembre 2011 en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* ([GC], n^{os} 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011). Elle précise en outre la relation entre les trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* dans le cadre de l'examen de la compatibilité avec l'article 6 §§ 1 et 3 d) de procédures dans lesquelles les déclarations d'un témoin à charge qui n'a pas comparu et n'a pas été interrogé lors du procès ont été admises comme moyens de preuve.

4. Le besoin de clarification, qui ressortait de la jurisprudence de la Cour postérieure à l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* et relative à des affaires où les situations factuelles différaient de celle en cause dans cette affaire, portait essentiellement sur trois points.

5. Premièrement, la Grande Chambre a précisé que le manque de motif sérieux justifiant l'absence d'un témoin à charge ne peut en soi rendre un procès inéquitable, même si cela constitue un élément de poids s'agissant d'apprécier l'équité globale d'un procès. Nous souscrivons à la conclusion de la Grande Chambre en l'espèce selon laquelle l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, dans lequel la Cour s'est écartée de la « règle de la preuve unique ou déterminante », était motivé par la volonté d'abandonner une règle s'appliquant de manière automatique et de revenir à un examen traditionnel de l'équité globale de la procédure. Toutefois, on en serait arrivé à la création d'une nouvelle règle automatique s'il avait fallu considérer un procès comme inéquitable pour la seule raison que la non-comparution du témoin ne se justifiait par aucun motif sérieux, même si la preuve non vérifiée n'était ni unique ni déterminante, voire était sans incidence pour l'issue de l'affaire

(paragraphe 112 du présent arrêt). Conformément à cette conclusion, la Cour a effectivement considéré dans une grande majorité des affaires de suivi postérieures à l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* que l'absence de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin à charge n'emportait pas, à elle seule, automatiquement violation de l'article 6 §§ 1 et 3 d) (voir les références au paragraphe 113 du présent arrêt).

6. Deuxièmement, nous estimons à l'instar de la majorité que, le souci de la Cour étant de s'assurer que la procédure dans son ensemble était équitable, elle doit vérifier s'il existait des éléments compensateurs suffisants également dans les affaires où les déclarations d'un témoin absent, sans constituer le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur, ont revêtu un poids certain (paragraphe 116).

7. Troisièmement nous considérons aussi qu'il sera en règle générale pertinent de se pencher sur les trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery* dans l'ordre défini dans cet arrêt, même s'il peut être approprié, dans une affaire donnée, d'examiner ces étapes dans un ordre différent (paragraphe 118).

8. Enfin, nous souscrivons au résumé, exposé aux paragraphes 119 à 131, des principes relatifs à chacune des trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery*. La Cour y donne des orientations, en particulier, sur les modalités d'appréciation de l'injoignabilité d'un témoin et sur les efforts qui sont requis des autorités internes pour le localiser, sur la démarche à adopter pour déterminer si la déposition constituait le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur, et sur les types d'éléments compensateurs, procéduraux ou matériels, susceptibles de contrebalancer les difficultés causées à la défense en conséquence de l'admission en tant que preuve de la déposition non vérifiée.

B. Quant à l'application de ces principes en l'espèce

9. En revanche, notre avis diverge de celui de la majorité quant à l'application des principes pertinents à la présente affaire. Nous estimons à l'instar de la majorité qu'il existait un *motif sérieux justifiant la non-comparution des témoins*, O. et P., au procès et donc l'admission en tant que moyens de preuve des déclarations qu'elles avaient faites à la police et au juge d'instruction au stade antérieur au procès, et nous adhérons au raisonnement suivi pour parvenir à cette conclusion. Nous pouvons par ailleurs admettre le constat de la majorité selon lequel la condamnation du requérant a reposé dans une mesure déterminante, même si ce n'était pas uniquement, sur les dépositions des témoins absents, étant donné que celles-ci ont été les seuls témoins oculaires de l'infraction en question.

10. Au vu de cette conclusion, nous jugeons nécessaire d'examiner s'il existait des *éléments compensateurs suffisants* pour contrebalancer les

difficultés causées à la défense. Contrairement à la majorité, nous sommes d'avis que ces éléments étaient suffisants en l'espèce.

11. Quant à l'appréciation des différents éléments compensateurs présents en l'espèce, nous partageons l'avis de la majorité selon lequel le tribunal régional a examiné la crédibilité des témoins absents et la fiabilité de leurs dépositions avec soin, et nous considérons que son examen a été particulièrement approfondi.

12. Mais, contrairement à la majorité, nous estimons que le tribunal régional a disposé d'autres éléments à charge très solides et cohérents concernant l'infraction de cambriolage avec extorsion de fonds dont le requérant a été reconnu coupable. Ces éléments non seulement incluaient un récit complet de l'incident par deux autres témoins (la voisine des témoins, E., et leur amie L.), certes sous la forme de témoignages par ouï-dire uniquement, mais ils étaient en outre entièrement étayés par de très solides données techniques directes et fiables. Celles-ci comprenaient en particulier les données de géolocalisation et les enregistrements de deux conversations téléphoniques, qui révélaient que le requérant se trouvait dans un appartement situé dans le périmètre où l'infraction avait été commise et qu'il avait sauté du balcon pour poursuivre l'une des occupantes qui s'enfuyait. Enfin, les éléments de preuve relatifs à l'infraction commise à Kassel le 14 octobre 2006 par le requérant et un complice présentaient des similitudes frappantes avec celle commise à Göttingen quant au choix des victimes, au lieu de l'infraction et au mode opératoire suivi par les délinquants, aspects sur lesquels tous les témoins se sont exprimés lors du procès. Par ailleurs, nous ne pouvons que relever le propre aveu du requérant, lequel a admis lors du procès qu'il se trouvait bien dans l'appartement des deux femmes au moment des faits et qu'il avait sauté du balcon pour se lancer à la poursuite de P., expliquant avoir agi ainsi de peur de s'attirer des ennuis en raison des problèmes qu'il avait eus lors d'un incident similaire avec des prostituées à Kassel (paragraphe 44 du présent arrêt).

13. Quant aux mesures procédurales permettant de compenser l'absence de possibilité de contre-interroger les deux témoins lors du procès, nous relevons que les juridictions internes n'ont pas jugé contraire à l'article 141 § 3 du code de procédure pénale, combiné avec l'article 140 § 1 de ce code et tel qu'interprété par la Cour fédérale de justice (paragraphe 28-29, 57-59 et 62 du présent arrêt), l'absence de désignation d'un avocat pour représenter le requérant au moment de l'audition devant le juge d'instruction. Nous prenons note à cet égard de l'explication du Gouvernement (paragraphe 94) selon laquelle le tribunal du fond n'était pas obligé, en vertu de l'article 168c § 5 du code de procédure pénale, de notifier la tenue de l'audition à l'avocat

désigné le cas échéant pour représenter le requérant s'il estimait qu'une telle notification compromettrait les résultats de l'enquête.

14. Comme la majorité, nous estimons que la façon dont est conduite l'audition des témoins à charge au stade de l'instruction revêt une importance considérable et peut compromettre l'équité du procès lui-même lorsque des témoins essentiels ne peuvent pas être entendus par le tribunal du fond et que leurs dépositions recueillies au stade de l'instruction sont donc présentées directement au procès. Toutefois, contrairement à la majorité, nous ne pensons pas que les autorités, au moment de l'audition de O. et de P. conduite au stade de l'instruction en l'absence du requérant et de son avocat, sont parties du principe que les deux femmes ne pourraient pas être entendues dans la phase de procès.

15. Nous partageons l'avis du requérant selon lequel O. et P. ont été entendues par le juge d'instruction précisément en raison du fait que les autorités, informées du retour imminent des deux femmes en Lettonie, considéraient que leurs témoignages risquaient de disparaître, ainsi que le montre la motivation de la demande du ministère public au juge d'instruction d'entendre O. et P. à bref délai. Cependant, à notre sens, ce n'est pas parce qu'il y a lieu de considérer qu'il était prévisible que les deux témoins quitteraient l'Allemagne peu après leur audition par le juge d'instruction qu'il faut conclure qu'il aurait été impossible de les entendre en personne, au moins par vidéoconférence, dans le cadre d'un procès ultérieur. Les témoins devaient quitter l'Allemagne pour un pays, la Lettonie, qui était tenu en vertu de traités internationaux de fournir une assistance en matière pénale aux autorités allemandes, y compris sous la forme d'une audition des témoins par vidéoconférence. Nous voyons notre conclusion étayée par le propre aveu du requérant selon lequel il était parti du principe qu'il pourrait contre-interroger O. et P. lors du procès et qu'il n'avait donc aucune raison de demander que le juge d'instruction entende une deuxième fois les deux femmes en sa présence après son arrestation (paragraphe 82 du présent arrêt).

16. Pour conclure, nous estimons à l'instar de la majorité que le fait d'offrir au défendeur la possibilité de faire interroger un témoin à charge essentiel, au moins pendant la phase antérieure au procès et par l'intermédiaire de son avocat, constitue une garantie procédurale importante dont l'absence pèse lourdement dans la balance s'agissant d'examiner l'équité globale de la procédure au regard de l'article 6 §§ 1 et 3 d). Cela étant, il existait en l'espèce d'autres garanties importantes, notamment des éléments à charge supplémentaires très solides et cohérents concernant l'infraction dont le requérant a été reconnu coupable, qui ont permis au tribunal du fond d'apprécier correctement la fiabilité des éléments de preuve à sa

disposition. De plus, le tribunal du fond s'est livré à un examen particulièrement approfondi et méticuleux de la crédibilité des témoins absents et de la fiabilité de leurs déclarations. Dès lors, à nos yeux, le fait que le requérant n'a pu, à aucun stade de la procédure, interroger ou faire interroger O. et P. n'a pas rendu la procédure inéquitable dans son ensemble.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE KJØLBRO

(Traduction)

1. J'ai quelques hésitations en ce qui concerne la clarification par la Grande Chambre de la jurisprudence de la Cour et des trois étapes du critère établi dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* ([GC], n^{os} 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011). De plus, je ne souscris pas à l'appréciation de la Grande Chambre en l'espèce, et j'ai voté contre le constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Je me propose d'expliciter brièvement ci-dessous mon point de vue sur ces deux questions.

**La clarification par la Grande Chambre du
« critère *Al-Khawaja et Tahery* »**

2. Il est très important pour la crédibilité et la légitimité de la Cour et pour le respect par les autorités nationales de la Convention et l'application par elles de la jurisprudence de la Cour que cette jurisprudence soit cohérente. La Cour ne devrait donc pas s'écarter sans motif valable de ses précédents (*Micallef c. Malte* [GC], n^o 17056/06, § 81, CEDH 2009). Cela vaut en particulier pour les arrêts récents de Grande Chambre. De plus, la Cour ne devrait pas préciser et développer sa jurisprudence sans bonnes raisons pour ce faire.

3. En 2011, la Grande Chambre a précisé et développé la jurisprudence déjà bien établie sur l'utilisation à titre de preuves des dépositions de témoins absents. Dans l'affaire *Al-Khawaja et Tahery* (précitée), la Grande Chambre a établi les trois étapes du critère à appliquer et l'ordre dans lequel il convenait de les utiliser. Premièrement, il doit y avoir un « motif sérieux » justifiant la non-comparution des témoins au procès. Deuxièmement, il convient d'apprécier si la déposition du témoin absent constitue la preuve « unique ou déterminante ». Troisièmement, si la déposition écrite constitue le fondement unique ou déterminant de la condamnation de l'accusé, il doit alors exister des « éléments compensateurs » suffisants. À mon sens, la Cour aurait pu aisément régler la présente affaire sur la base du critère établi dans l'affaire *Al-Khawaja et Tahery*, et confirmer ainsi cet arrêt récent de Grande Chambre.

4. Les clarifications apportées par la Grande Chambre dans le présent arrêt ne devraient pas, à mon sens, être compris comme s'écarter du critère à trois étapes établi dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, qui devrait donc continuer à s'appliquer dans des affaires similaires. Pour cette raison, j'estime nécessaire de faire quelques remarques additionnelles sur le critère à appliquer.

5. Premièrement, s'il n'y a pas de motif sérieux justifiant la non-comparution d'un témoin, le tribunal national doit, en règle générale, ne pas autoriser le procureur à utiliser la déposition écrite du témoin absent comme preuve à charge (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, §§ 120-125).

6. Si, de l'avis du procureur, la déposition du témoin absent revêt une pertinence et une importance telles pour l'affaire qu'elle devrait être utilisée en tant qu'élément de preuve, le témoin devrait être convoqué devant le tribunal du fond et déposer, à moins qu'il n'ait une bonne raison pour ne pas comparaître. Si aucun motif sérieux ne justifie la non-comparution du témoin en question, le tribunal national ne devrait pas autoriser le procureur à utiliser la déposition écrite comme preuve à charge.

7. La non-convocation d'un témoin sans motif valable irait à l'encontre du droit de la défense de contre-interroger les témoins à charge. Cela étant, je conviens que l'absence d'un motif sérieux justifiant l'absence d'un témoin ne rendra pas automatiquement et nécessairement le procès inéquitable (paragraphe 113 du présent arrêt). Toutefois, cette clarification de la jurisprudence de la Cour ne saurait être interprétée comme impliquant un abandon général de la règle principale qui veut que si la déclaration d'un témoin absent revêt une pertinence et une importance telles pour l'affaire que le tribunal national l'admettra comme preuve à charge, aucune bonne raison ne devrait justifier de ne pas convoquer le témoin pour qu'il dépose à l'audience.

8. Deuxièmement, le critère de la « preuve unique ou déterminante » a été appliqué de manière cohérente, avec quelques variations terminologiques mineures, depuis l'arrêt *Unterpertinger c. Autriche* (24 novembre 1986, § 33, série A n° 110). Avant que la Cour ne rende son arrêt en l'affaire *Al-Khawaja et Tahery*, elle constatait une violation de l'article 6 de la Convention si la déposition écrite du témoin absent constituait le fondement « unique ou déterminant » de la condamnation de l'accusé.

9. Dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (précité, § 131), la Cour a également appliqué le critère de la preuve « unique ou déterminante », en définissant ce qu'elle entendait par « unique » ou « déterminante ». En même temps, elle a aussi développé sa jurisprudence en indiquant que « l'admission à titre de preuve d'un témoignage par ouï-dire constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'empêche pas automatiquement violation de l'article 6 § 1 » (*ibidem*, § 147).

10. Toutefois, avant comme après l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*, la question à poser était celle de savoir si la déposition écrite du témoin absent constituait la « preuve unique ou déterminante ».

11. En l'espèce, la Grande Chambre a déclaré qu'elle devait « vérifier s'il existait des éléments compensateurs suffisants non seulement dans les

affaires dans lesquelles les déclarations d'un témoin absent constituaient le fondement unique ou déterminant de la condamnation du défendeur», mais aussi dans celles où la Cour « juge difficile de discerner si ces éléments constituaient la preuve unique ou déterminante mais est néanmoins convaincue qu'ils revêtaient un poids certain » (paragraphe 116 du présent arrêt).

12. J'estime important de souligner que l'expression « un poids certain » ne doit pas être comprise comme un abandon du critère de l'élément « unique ou déterminant », ce qui créerait trois catégories : les « preuves uniques », les « preuves déterminantes » et les preuves « revêtant un poids certain ». La clarification n'implique pas de s'écarter du critère de la preuve « unique ou déterminante » mais prend en compte le fait que, quelquefois, eu égard à la déposition en question et au raisonnement des tribunaux nationaux, il paraît évident qu'une déposition a revêtu un « poids certain » sans que l'on puisse aisément discerner si elle a été « déterminante » pour la condamnation. Si tel est le cas, la déposition devrait être traitée, tant par le tribunal national que par la Cour, comme un élément « déterminant ».

13. Dès lors, à mon sens, la clarification ne signifie pas que l'on s'écarte du critère de la « preuve unique ou déterminante ».

14. Troisièmement, l'ordre des trois étapes du critère ressort clairement de l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*. Premièrement, il doit exister un « motif sérieux » justifiant la non-comparution du témoin. Il ne conviendra de se pencher sur les autres étapes que s'il est répondu par l'affirmative à cette première question (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 120). Deuxièmement, il faut examiner si la déposition écrite du témoin absent constitue la « preuve unique ou déterminante ». Il ne sera pertinent d'apprécier la troisième étape que s'il est répondu par l'affirmative à cette deuxième question (*ibidem*, § 147). Troisièmement, si la déposition écrite constitue le fondement unique ou déterminant de la condamnation de l'accusé, il doit y avoir des « éléments compensateurs » suffisants (*ibidem*).

15. De très bonnes raisons président à l'ordre des étapes du critère. La question de l'utilisation de déclarations écrites de témoins absents se posera à différents stades de la procédure. Premièrement, elle interviendra au moment de l'appréciation par le tribunal du fond soit d'une demande du procureur d'utiliser la déposition d'un témoin absent comme preuve à charge, soit d'une objection de la défense à une telle mesure. Deuxièmement, elle se posera lorsque le tribunal du fond appréciera s'il existe une base suffisante pour condamner l'accusé. Cette appréciation aura lieu à la fin de l'audience. Troisièmement, cette même question reviendra lors de l'appréciation de l'équité du procès, soit par une juridiction d'appel nationale soit, par la suite, par la Cour. Lorsque le tribunal du fond décide si le procureur

doit être autorisé à utiliser une déposition écrite d'un témoin absent comme preuve, il sera souvent difficile, voire impossible, d'apprécier si cette déposition sera le fondement unique ou déterminant d'une condamnation de l'accusé. Ainsi, en pratique, les trois étapes devront dans la plupart des cas être appréciées dans l'ordre établi dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* et, très souvent, à différents moments dans le temps. De plus, les principes selon lesquels l'ensemble des preuves à charge doivent normalement être produites en présence de l'accusé lors d'une audience publique en vue d'un débat contradictoire, et l'accusé doit bénéficier d'une possibilité adéquate et convenable de contester les dires d'un témoin à charge et de l'interroger sont tellement importants qu'on ne saurait s'en écarter sans motif valable, sous peine de rendre, dans la plupart des cas, la procédure inéquitable.

16. Dès lors, j'aimerais souligner l'importance non seulement des trois étapes du critère *Al-Khawaja et Tahery*, mais également de l'ordre dans lequel ils sont établis. Cela dit, je n'exclurais pas la possibilité qu'il peut y avoir des situations où les trois étapes pourraient être examinées dans un ordre différent. Par exemple, dans certains cas, il sera clair dès le début pour le tribunal du fond que la déposition écrite constituera la preuve unique ou déterminante et que l'admission et l'utilisation de cette déposition rendront la procédure inéquitable. De même, il peut y avoir des situations où la Cour, pour des raisons pratiques, jugera approprié d'apprécier les trois étapes dans un ordre différent. Néanmoins, les trois étapes devraient en règle générale être appréciées dans l'ordre prescrit dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery*.

L'appréciation de la Grande Chambre en l'espèce

17. Je pense à l'instar de la majorité qu'il existait un « motif sérieux » justifiant la non-comparution des témoins à charge O. et P. (paragraphes 132-140 de l'arrêt).

18. Je souscris également à l'avis de la majorité selon lequel les dépositions écrites des deux témoins absents O. et P. ont fondé dans une mesure « déterminante » la condamnation du requérant, selon le sens donné à ce terme dans la jurisprudence de la Cour (paragraphes 141-144).

19. Toutefois, mon avis diverge de celui de la majorité en ce qui concerne l'équité du procès. À mon sens, et comme je me propose de l'expliquer ci-dessous, il existait des « éléments compensateurs » suffisants pour rendre le procès du requérant équitable.

20. Dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (précité, § 147), la Cour a formulé les considérations suivantes :

« Dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose en rapport avec une déposition d'un témoin absent, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour

permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci. L'examen de cette question permet de ne prononcer une condamnation que si la déposition du témoin absent est suffisamment fiable compte tenu de son importance dans la cause.»

Ainsi, les «éléments compensateurs» ont pour but d'assurer «une appréciation correcte et équitable de la fiabilité» de la déposition en question, et de garantir que celle-ci est «suffisamment fiable».

21. Comme le dit très justement la majorité, le tribunal du fond a abordé les preuves avec prudence (paragraphe 146-150 du présent arrêt). Toutefois, à mon sens, la majorité a attaché trop peu d'importance à la disponibilité et à la force des autres preuves à charge (paragraphe 151 de l'arrêt, avec un renvoi aux paragraphes 143-144).

22. Je suis d'avis que le tribunal régional disposait d'autres éléments à charge très solides et cohérents concernant l'infraction pour laquelle le requérant a été condamné. Sur la base de ces autres éléments, le tribunal du fond a pu se livrer à une appréciation de la fiabilité des dépositions des témoins absents. De l'avis du tribunal, «les éléments de preuve, pris dans leur ensemble, formaient un tableau cohérent et exhaustif des événements, qui corroborait la version de O. et P. et réfutait les récits contradictoires faits par le requérant et ses coaccusés lors du procès» (paragraphe 46 de l'arrêt).

23. De plus, comme le souligne justement la majorité, le requérant a été en mesure de donner sa propre version des faits et de contre-interroger les autres témoins qui ont comparu devant le tribunal (paragraphe 152). Par ailleurs, le requérant a eu la possibilité de contester l'utilisation et l'importance des dépositions écrites.

24. En fait, l'argument clé ayant amené la majorité à constater la violation de l'article 6 en l'espèce semble être le fait que les autorités nationales n'ont pas fait usage de leur faculté de désigner un avocat pour représenter le requérant avant l'audition des deux témoins, ce qui aurait donné à l'intéressé la possibilité de faire interroger les témoins au stade de l'instruction par un avocat désigné pour le représenter (paragraphe 153-160).

25. Je ne souscris pas à l'appréciation par la majorité de l'importance du stade antérieur au procès pour l'équité globale de la procédure en l'espèce.

26. Premièrement, si un avocat avait été désigné pour représenter le requérant dans les premières étapes de l'enquête, lorsque O. et P. ont été interrogées par le juge d'instruction, et si le requérant et son avocat avaient reçu notification de l'audition des deux femmes et que l'intéressé et son avocat avaient eu l'occasion de les interroger au moment où celles-ci ont déposé, il n'y aurait tout simplement pas eu de grief au titre de la Convention. La jurisprudence de la Cour sur l'utilisation de dépositions écrites émanant de témoins absents concerne «des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction

ni pendant les débats» (*Al-Khawaja et Tahery*, précité, § 119). En d'autres termes, si le requérant s'était vu offrir la possibilité d'interroger et de faire interroger les témoins O. et P. au moment de leur audition par le juge d'instruction, l'utilisation ultérieure de leurs dépositions n'aurait soulevé aucune question concernant l'équité de la procédure (voir, par exemple, *Sadak et autres c. Turquie* (n° 1), n°s 29900/96 et 3 autres, § 65, CEDH 2001-VIII, *Sommer c. Italie* (déc.), n° 36586/08, 23 mars 2010, *Chmura c. Pologne*, n° 18475/05, §§ 49-59, 3 avril 2012, et *Aigner c. Autriche*, n° 28328/03, §§ 40-46, 10 mai 2012).

27. Deuxièmement, la majorité semble accorder peu d'attention aux raisons données par le juge d'instruction pour ne pas avoir tenu le requérant au courant de l'audition des deux témoins. Le requérant n'a pas été informé de l'enquête « pour ne pas nuire aux investigations » (paragraphe 21 du présent arrêt). De plus, le juge d'instruction, conformément au droit interne, a exclu le requérant de l'audition des témoins « de crainte que celles-ci, qui lui avaient semblé considérablement choquées et angoissées par l'incident, eussent peur de dire la vérité en présence de leur agresseur » (*ibidem*). À mon sens, la Cour devrait accorder dans sa jurisprudence autant d'attention et de protection aux droits et intérêts des victimes d'infractions ; dans les circonstances spécifiques de l'affaire, il existait de bonnes raisons pour protéger les victimes. De plus, les juridictions internes n'ont pas jugé contraire à l'article 141 § 3 du code de procédure pénale, combiné avec l'article 140 § 1 de ce code et tel qu'interprété par la Cour fédérale de justice (paragraphe 28-29, 57-59 et 62 du présent arrêt), l'absence de désignation d'un avocat pour représenter le requérant au moment de l'audition devant le juge d'instruction. Je prends note à cet égard de l'explication du Gouvernement (paragraphe 94) selon laquelle le tribunal du fond n'était pas obligé, en vertu de l'article 168c § 5 du code de procédure pénale, de notifier la tenue de l'audition à l'avocat désigné le cas échéant pour représenter le requérant s'il estimait qu'une telle notification compromettrait les résultats de l'enquête.

28. Troisièmement, le fait qu'« il risquait de ne pas être possible d'entendre ces témoins lors d'un procès ultérieur contre le requérant » (paragraphe 159 de l'arrêt) ne saurait, à mon sens, entraîner la conclusion que le fait de n'avoir pas désigné d'avocat et de n'avoir pas donné au requérant la possibilité de faire interroger O. et P. au stade de l'enquête par un avocat désigné pour le représenter (paragraphe 160) a rendu le procès ultérieur inéquitable. Certes, il y avait un risque que les deux femmes ne comparaissent pas à l'audience, et pareil risque existera toujours lorsque des dépositions sont recueillies au stade procédural antérieur au procès. Toutefois, dans les circonstances spécifiques de l'espèce, il n'y a pas de base suffisante permet-

tant d'affirmer qu'il était prévisible que les témoins. ne comparâtraient pas devant le tribunal pour déposer. Le fait qu'il était probable que les témoins quitteraient l'Allemagne peu de temps après l'audition devant le juge d'instruction ne peut être assimilé à la conclusion qu'il aurait été impossible de les entendre au procès ultérieur, soit en personne soit par le biais d'une vidéotransmission. À cet égard, j'aimerais aussi renvoyer aux propres observations du requérant selon lesquelles il avait présumé qu'il serait en mesure de contre-interroger les deux femmes au procès et qu'il n'avait donc aucune raison de demander à ce qu'elles fussent entendues une deuxième fois par le juge d'instruction (paragraphe 82 de l'arrêt).

29. À mon sens, la majorité accorde trop de poids au stade antérieur au procès et à la décision de ne pas désigner d'avocat et de ne pas informer le requérant et son avocat de l'audition des deux témoins.

30. Par ailleurs, la majorité n'attache pas suffisamment d'importance au but des « éléments compensateurs », qui consiste à assurer « une appréciation correcte et équitable de la fiabilité des dépositions » et à garantir que ces dépositions « sont suffisamment fiables ». Dans un jugement détaillé et bien motivé, le tribunal national a expliqué pourquoi les dépositions des témoins absents étaient probablement fiables, à la lumière de l'ensemble des éléments de preuve. Comme je l'ai dit plus haut, le tribunal du fond a pu, sur la base de l'ensemble des éléments de preuve, se livrer à une appréciation de la fiabilité des déclarations de O. et P. De l'avis du tribunal, « les éléments de preuve, pris dans leur ensemble, formaient un tableau cohérent et exhaustif des événements, qui corroborait la version de O. et P. et réfutait les récits contradictoires faits par le requérant et ses coaccusés lors du procès » (paragraphe 46 de l'arrêt).

31. Dès lors, j'estime que l'utilisation des dépositions écrites des témoins absents et l'absence de possibilité pour le requérant d'interroger ou de faire interroger les deux femmes à aucun stade de la procédure n'ont pas rendu la procédure inéquitable dans son ensemble.

32. Pour moi, cet arrêt constitue un exemple de plus de l'importance accordée par la Cour au stade de l'enquête pour la préparation de la procédure pénale (*Salduz c. Turquie* [GC], n° 36391/02, § 54, CEDH 2008), ce qui implique que le non-respect de certaines garanties procédurales au stade antérieur au procès a plus ou moins automatiquement pour conséquence que les preuves recueillies ne peuvent pas être utilisées contre l'accusé.

33. Cela est particulièrement regrettable dans une situation où la limitation apportée à certaines garanties procédurales se justifie par la nécessité de protéger les victimes d'infractions et où il existe des preuves corroborantes permettant au tribunal du fond d'apprécier la fiabilité des dépositions faites par les témoins absents.

34. Le présent arrêt illustre l'approche relativement formaliste par la Cour de l'importance des garanties procédurales, où le non-respect de certaines garanties procédurales au stade antérieur au procès donnent aux preuves recueillies un caractère illégal alors même que l'utilisation de ces preuves, dans le cadre d'une appréciation globale, ne rend pas inéquitable la procédure dans son ensemble.