

**Cour européenne des droits de l'homme
(3^e section)**

15 mars 2022

- I. Droits de l'homme - Généralités et principes – Recevabilité – Épuisement des voies de recours internes – Recours effectif face à l'impossibilité de manifester (non).
 II. Droits de l'homme - Généralités et principes – Recevabilité – Qualité de victime.
 III. Libertés publiques – Liberté de réunion – Interdiction absolue de manifester – Pandémie – Covid-19 – Mesure disproportionnée – Violation de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Observations.

1. Face à l'interdiction absolue de manifester pendant la première vague de la pandémie, le fait de ne pas avoir demandé l'autorisation d'organiser une manifestation et de n'avoir pas exercé de recours devant les juridictions suisses ne rend pas la requête irrecevable, dès lors qu'aucun jugement ne serait vraisemblablement intervenu avant la date prévue pour la manifestation projetée par la requérante.

2. Face à l'interdiction absolue de manifester, le fait de ne pas avoir demandé l'autorisation de manifester ne fait pas perdre la qualité de victime d'une ingérence dans la liberté de réunion.

3. Le caractère absolu de l'interdiction de manifester exige une justification solide et un contrôle particulièrement sérieux par les tribunaux. Or, en l'espèce, les juridictions suisses n'ont pas opéré de mise en balance des intérêts contradictoires. Malgré l'obligation qu'ont les États de protéger les individus face au risque pandémique, la mesure en cause est disproportionnée étant donné (1) l'importance de la liberté de réunion ; (2) le caractère général et la durée de l'interdiction de manifester ; (3) le fait que, pendant qu'elle était en vigueur, d'autres formes de rassemblements demeuraient possibles ; (4) la nature pénale ainsi que la sévérité des sanctions susceptibles d'être infligées et (5) le fait que la Suisse n'avait pas activé l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et demeurerait donc soumise au droit commun de la Convention.

(Communauté genevoise d'action syndicale [C.G.A.S.] / Suisse)

N° 21881/20

Le texte intégral de cet arrêt est disponible sous l'url <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216195>

J.L.M.B. 22/129

Observations

L'arrêt C.G.A.S. c. Suisse et la liberté de manifester : la condamnation exemplaire mais fragile d'une mesure de lutte contre le Covid-19

1. Introduction

Le 15 mars 2022, le journal helvète *Le Temps* titre que la Suisse est condamnée pour avoir interdit toute manifestation pendant la première vague de la pandémie. En effet, le même jour, la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé le pre-



mier arrêt par lequel elle constate qu'une règle visant à lutter contre la propagation du *coronavirus* viole une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir, en l'espèce, son article 11 qui consacre la liberté de réunion.

Quelques affaires relatives à la crise sanitaire avaient certes déjà été tranchées par la Cour de Strasbourg, mais elles s'étaient soldées soit par des décisions d'irrecevabilité¹, soit par des arrêts portant sur la mauvaise gestion d'une situation particulière, comme ce fut le cas avec l'arrêt *Feilazoo*². Quant à l'arrêt *Vavříčka*³, il a marqué les esprits au printemps 2021 en livrant des enseignements sur la question de la vaccination obligatoire, alors que celle-ci était au cœur de l'actualité partout en Europe, mais il ne portait en réalité pas directement sur la vaccination contre le Covid-19⁴.

L'arrêt *Communauté genevoise d'action syndicale (C.G.A.S.) c. Suisse*⁵, que nous commentons dans ces pages, constitue donc bien une première historique⁶ et un début de réponse aux débats doctrinaux sur le respect des droits fondamentaux en temps de pandémie⁷. On peut se demander si cet arrêt servira d'étalon à la jurisprudence qui, dans les prochaines années, va se développer pour répondre aux nombreuses requêtes introduites contre les mesures par lesquelles les États ont restreint significativement l'exercice des droits fondamentaux pendant la pandémie. Cette question est d'autant plus vive – et délicate à traiter – que l'arrêt a été prononcé par une chambre de la Cour avec la plus courte des majorités possibles : sur les sept juges qui la composent, quatre seulement considèrent que la Suisse a violé l'article 11 de la Convention, alors que les trois autres ont rédigé une opinion dissidente particulièrement sévère, dont nous tiendrons compte à chaque étape de notre analyse⁸.

La présente note, rédigée quelques jours après le prononcé de l'arrêt, se bornera à proposer une première analyse sommaire de l'arrêt et devra être complétée par des études plus approfondies. Après un bref résumé des faits (n° 2), deux questions de recevabilité traitées par la Cour seront évoquées : celle – particulièrement épineuse en l'espèce – qui concerne l'épuisement des voies de recours pertinentes et dispo-

¹ Voy. not. Cour eur. D.H., *Le Mailloux c. France*, 5 novembre 2020 ; Cour eur. D.H., *Terheş c. Roumanie*, 13 avril 2021 ; Cour eur. D.H., *Ünsal et Timtik c. Turquie*, 8 juin 2021 ; Cour eur. D.H., *Bah c. Pays-Bas*, 22 juin 2021 ; Cour eur. D.H., *Zambrano c. France*, 21 septembre 2021.

² Cour eur. D.H., *Feilazoo c. Malte*, 11 mars 2021. La Cour y constate une violation des articles 3 et 5, paragraphe 1^{er}, de la Convention en raison de la longue détention d'une personne immigrée et de son placement à l'isolement parmi d'autres personnes immigrées, arrivées après elle et placées en quarantaine dans le contexte de la pandémie de Covid-19.

³ Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Vavříčka et autres c. République tchèque*, 8 avril 2021.

⁴ Nous n'évoquons pas ici la jurisprudence des juridictions belges relative à la gestion de la pandémie. Pour un aperçu récent, voy. not. L. LAPERCHE et Fr. BOUHON, « Droits fondamentaux et Covid-19 : quelques leçons d'une crise », in *Actualités choisies des droits fondamentaux*, Fr. Krenc, Fr. Bouhon et C. Deprez (dir.), Liège, Anthemis, 2021, pp. 211-262.

⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Communauté genevoise d'action syndicale (C.G.A.S.) c. Suisse*, 15 mars 2022 (ci-après : arrêt C.G.A.S. c. Suisse).

⁶ La rapidité avec laquelle un arrêt sur le fond a pu être livré par la Cour est en partie au moins liée à un des enjeux majeurs de l'arrêt : celui de savoir si la requête introduite par l'association requérante doit être considérée comme recevable alors qu'aucun recours n'a été exercé devant les juridictions suisses (voy. *infra*, n° 3).

⁷ Sur ces débats, voy. par exemple L. BIANKU, « La Convention européenne des droits de l'homme et la pandémie de Covid-19 », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, pp. 15-47 ; M. KJAERUM, M. DAVIS et A. LYONS, *Covid-19 and Human Rights*, Londres, Routledge, 2021.

⁸ Le dispositif de l'arrêt est soutenu par les juges G. A. Serghides, D. Pavli, A. Zünd et Fr. Krenc ; ils constituent la majorité de la Cour parfois évoquée dans les lignes qui suivent. On remarque que le juge suisse – Zünd – en fait partie. L'opinion dissidente a été rédigée par le président G. Ravarani et les juges A. Seibert-Fohr et P. Roosma ; ils sont régulièrement désignés ci-après comme les juges minoritaires ou la minorité de la Cour. On relève en outre qu'une opinion concordante, rédigée par le juge Fr. Krenc et soutenue par le juge D. Pavli, apporte des explications complémentaires en renfort de l'arrêt.



nibles dans l'ordre juridique interne (n° 3) et celle qui porte sur la qualité de victime de l'association (n° 4). Notre attention se portera ensuite sur le fond, soit successivement sur les questions de légalité et de légitimité de l'interdiction de manifester adoptée par la Suisse (n° 5), puis sur celle de sa nécessité dans une société démocratique (n° 6). La conclusion cherchera à montrer, sur la base de l'ensemble de l'analyse, en quoi l'arrêt commenté est à la fois exemplaire et fragile (n° 7).

2. Résumé des faits

Comme de nombreux autres États, la Suisse a adopté des mesures pour tenter de limiter la propagation du Covid-19 et limiter les décès engendrés par cette maladie. Certaines de ces mesures étaient particulièrement drastiques à l'occasion de la première vague de la pandémie, qui a touché l'Europe au printemps 2020. Dans ce contexte, les autorités suisses ont notamment limité puis interdit les rassemblements de personnes. Ainsi, selon une ordonnance du Conseil fédéral du 16 mars 2020, « [t]outes les manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives, sont interdites »⁹. Par la même ordonnance, une disposition qui permettait aux autorités cantonales d'accorder des dérogations exceptionnelles, notamment pour les « manifestations ayant pour but l'exercice des droits politiques »¹⁰, a été abrogée. La transgression de cette règle était susceptible d'emporter une privation de liberté pouvant aller jusqu'à une durée de trois ans ou une peine pécuniaire¹¹. Un assouplissement progressif est intervenu au cours des mois de mai et juin, avec la possibilité de rassembler jusqu'à trente personnes à partir du 30 mai et trois cents personnes à partir du 6 juin. L'interdiction de manifester a finalement été levée le 20 juin 2020.

C'est dans cette situation exceptionnelle, sur les plans sanitaire et juridique, que la Communauté genevoise d'action syndicale (ci-après : C.G.A.S.) entendait organiser une manifestation à la date symbolique (spécialement pour un syndicat) du 1^{er} mai, ce à quoi elle a dû renoncer en raison du cadre normatif que nous venons de décrire. La C.G.A.S. a estimé que cette contrainte était incompatible avec la liberté de réunion consacrée par l'article 11 de la Convention et a adressé une requête en ce sens à la Cour de Strasbourg dès le 26 mai 2020, sans toutefois avoir préalablement introduit le moindre recours devant les autorités suisses¹².

3. Recevabilité – épuisement des voies de recours

Eu égard à ce dernier élément, il n'est pas surprenant que le gouvernement suisse ait tenté de convaincre la Cour européenne des droits de l'homme que la requête était irrecevable à défaut pour la requérante d'avoir épuisé les voies de recours internes disponibles¹³. Dans cette perspective, le gouvernement insiste sur le fait que l'association aurait dû demander une autorisation pour organiser une manifestation (comme l'impose le droit suisse indépendamment du contexte pandémique) et exercer ensuite les recours ouverts contre l'éventuel acte de refus¹⁴. En dernière

⁹ Article 6 de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le *coronavirus* (Covid-19) (ordonnance 2 Covid-19) du 13 mars 2020, tel que modifié par l'ordonnance du 16 mars 2020.

¹⁰ Article 7, a., de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le *coronavirus* (Covid-19) (ordonnance 2 Covid-19) du 13 mars 2020.

¹¹ Article 10, d., de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le *coronavirus* (Covid-19) (ordonnance 2 Covid-19) du 13 mars 2020, tel que modifié par l'ordonnance du 16 mars 2020.

¹² Pour une narration plus détaillée des faits, voy. Cour eur. D.H., arrêt *C.G.A.S. c. Suisse*, paragraphes 2 à 15.

¹³ Voy. l'exigence posée par l'article 35, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴ On rappelle que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme admet que l'exercice de la liberté de réunion puisse, à certaines conditions, être soumis à des notifications ou demandes d'autorisation. Voy. not. B. RAINEY, P. McCORMICK et C. OVEY, *The European Convention on Human Rights* (Jacobs, White & Ovey), 8^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 530-534.



instance, le Tribunal fédéral aurait alors pu exercer un contrôle préjudiciel et vérifier la compatibilité de l'ordonnance contestée avec les règles de droit hiérarchiquement supérieures¹⁵.

Ce n'est cependant pas le point de vue que la Cour a retenu. Celle-ci – par l'intermédiaire des quatre juges majoritaires de la chambre saisie – donne en effet raison à l'association requérante qui s'est adressée directement à elle sans avoir exercé de recours interne. La Cour semble d'abord relativiser l'argument selon lequel la requérante aurait dû demander une autorisation de manifester pour attaquer ensuite le probable refus qui lui aurait été adressé¹⁶. On comprend que cette analyse repose sur le fait que l'interdiction de manifester était formulée, à partir du 16 mars 2020, de façon absolue et que toute demande d'organisation d'une manifestation paraissait alors vouée à l'échec. Il n'en demeure pas moins que le droit suisse impose un système d'autorisation des manifestations en tout temps et qu'il s'agit donc d'une démarche habituelle à envisager par une association qui, telle la C.G.A.S., organise régulièrement des manifestations. Le deuxième argument de la Cour consiste à considérer que, quand bien même une telle demande aurait été déposée puis rejetée, le recours introduit contre ce rejet n'aurait pas pu recevoir un traitement suffisamment rapide et efficace. Les juges majoritaires estiment ainsi « qu'il est peu probable que les tribunaux suisses aient procédé, dans le contexte très spécifique de l'espèce, à un contrôle préjudiciel de l'ordonnance du Conseil fédéral pertinente dans un délai utile »¹⁷. Cette appréciation s'appuie sur la jurisprudence de la Cour relative au recours effectif qui requiert que le contrôle d'un refus d'autorisation intervienne avant la date même de la réunion ou de l'assemblée prévue¹⁸. Cette jurisprudence – dont la meilleure doctrine fait écho¹⁹ – a été développée en réponse à des griefs formulés au sujet de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné avec l'article 11 ; elle nous semble être exploitée à juste titre ici dans le cadre de l'examen de la recevabilité d'un recours relatif au droit à la liberté de réunion²⁰. En effet, la jurisprudence est claire à cet égard : la règle de l'article 35, paragraphe 1^{er}, qui exige l'épuisement préalable des voies de recours internes « se fonde sur l'hypothèse, incorporée dans l'article 13 (avec lequel elle présente d'étroites affinités), que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée »²¹. Sur la base de ce qui précède, la Cour écarte l'exception de non-épuisement des voies de recours internes²² et lève un premier obstacle sur le chemin de l'examen du fond de l'affaire.

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 45.

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 56.

¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 58.

¹⁸ Sont en particulier évoqués Cour eur. D.H., arrêt *Lashmankin et autres c. Russie*, 7 février 2017, paragraphe 345, et Cour eur. D.H., arrêt *Baczowski et autres c. Pologne*, 3 mai 2007, paragraphes 81-83. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait en effet jugé que « pour un exercice effectif de la liberté de réunion, il est important que la législation applicable prévoie des délais raisonnables dans lesquels les autorités publiques devront statuer sur les questions qui leur sont soumises. Si elles imposaient aux requérants des délais pour le dépôt des demandes d'autorisation des manifestations, les lois polonaises applicables ne soumettaient l'administration à aucune contrainte de temps pour se prononcer définitivement avant la date prévue pour les manifestations. La Cour n'est donc pas convaincue que les voies de recours ouvertes aux requérants en l'espèce, qui revêtaient toutes un caractère *a posteriori*, eussent permis d'offrir un redressement approprié pour les violations alléguées de la Convention ».

¹⁹ D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES et C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 691.

²⁰ Voy. les deux arrêts cités dans la note 18.

²¹ Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Kudła c. Pologne*, 26 octobre 2000, paragraphe 152, alinéa 3. Pour une illustration plus récente, voy. par exemple Cour eur. D.H., arrêt *Valada Matos das Neves c. Portugal*, 29 octobre 2015, paragraphe 69.

²² Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 60.



Cette approche est toutefois largement rejetée par les juges qui forment la minorité de la chambre : ils considèrent que l'exception d'illégalité – que le requérant aurait pu utiliser dans le cadre d'un recours contre un refus d'organiser une manifestation – « constitue un moyen suffisant pour sauvegarder les droits et intérêts des individus en cas de violation d'une norme supérieure »²³. Ils soutiennent que, dans cette configuration, l'ordonnance elle-même aurait pu faire l'objet d'un contrôle incident de légalité²⁴. Pour renforcer leur argumentaire et montrer que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées comme la Convention le requiert selon eux, les juges dissidents rappellent que « de simples doutes sur l'efficacité d'une voie de recours ne dispensent pas un requérant de l'exercer »²⁵. Ils ajoutent à cela une affirmation particulièrement sévère : la souplesse avec laquelle il convient d'appliquer la condition d'épuisement des voies de recours²⁶ ne signifie pas que la Cour « puisse faire fi des règles normalement applicables dans un système national donné et dispenser une partie requérante de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes pour ainsi dire à la tête du client, sous peine de vider l'exigence de sa substance et de son utilité »²⁷. Les juges de la minorité estiment, sur la base d'une analyse circonstanciée de la jurisprudence des tribunaux suisses, qu'un contrôle juridictionnel utile aurait pu intervenir et que, même s'il est inconcevable de disposer d'une décision définitive avant la date de la manifestation projetée, il est possible d'obtenir un jugement de première instance dans un délai raisonnable, à condition pour les demandeurs de faire preuve de diligence²⁸. On doit aussi admettre qu'atteindre l'exigence posée par la Cour dans l'arrêt commenté dépend en partie du délai entre le moment où une demande d'autorisation est introduite et celui où la manifestation est envisagée ; dans certaines configurations, il est presque impossible – même dans les systèmes juridictionnels les mieux organisés et les plus efficaces – de s'assurer qu'un contrôle juridictionnel soit opéré avant la date projetée pour le rassemblement. Cette partie de l'opinion dissidente constitue une charge sérieuse contre le raisonnement que la Cour a développé et vient fragiliser son arrêt.

4. Recevabilité – qualité de victime

Toujours sur le plan de la recevabilité de la requête, le gouvernement suisse soulève une seconde exception et prétend que la C.G.A.S. n'aurait pas la qualité de victime exigée par l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹. Cette affirmation repose notamment sur le fait que l'association aurait elle-même retiré sa demande d'autorisation pour une manifestation publique³⁰ et n'aurait pas démontré la probabilité d'être touchée directement par l'interdiction, ce qui signifie-

²³ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 4.

²⁴ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 5.

²⁵ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 6.

²⁶ Voy. à cet égard la jurisprudence constante depuis Cour eur. D.H., arrêt *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, paragraphe 89, jusqu'à Cour eur. D.H., *Akpaz Société à responsabilité limitée c. Turquie*, 18 janvier 2022, paragraphe 67.

²⁷ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 6.

²⁸ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphes 7 à 9. Dans ces passages de l'opinion dissidente, les juges de la minorité reprochent à ceux de la majorité d'avoir tiré des conséquences erronées de leur analyse des exemples jurisprudentiels et en particulier de ne pas avoir adéquatement pris en considération une décision de justice qui a accueilli un recours dirigé contre un refus d'autorisation de tenir une manifestation et qui s'est livrée à l'examen de la compatibilité de l'ordonnance « Covid-19 » litigieuse avec le droit supérieur.

²⁹ Nous discutons de cette exception en second lieu dans un souci pédagogique. Elle est toutefois traitée en premier dans l'arrêt commenté, avant celle qui concerne le non-épuisement des voies de recours.

³⁰ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 30.



rait que sa requête constituerait une *actio popularis* que la Cour ne pourrait recevoir au regard de sa jurisprudence³¹.

La Cour, s'appuyant sur une vision plutôt large de la notion de victime, considère, en conclusion de son raisonnement, que « l'association requérante ayant été obligée d'adapter son comportement, voire de renoncer, afin d'éviter des sanctions pénales, à organiser des manifestations publiques qui auraient contribué à la réalisation de son but statutaire, elle peut se prétendre victime d'une violation de la Convention »³². Si on constate, avec la Cour, que la C.G.A.S. a certes dû adapter son comportement en raison de la règle litigieuse, la possibilité de demander une autorisation sans s'exposer immédiatement à des sanctions pénales nous semble omise du raisonnement. Sans contester cet aspect de l'arrêt aussi virulemment que d'autres, les trois juges minoritaires estiment tout de même, dans leur opinion dissidente, qu'on peut se demander si la requérante bénéficiait de la qualité de victime de la violation alléguée, puisqu'elle n'a pas maintenu sa demande en vue d'organiser une manifestation, dont elle aurait alors pu contester le rejet devant une juridiction³³.

5. Conditions de légalité et de légitimité

Après avoir écarté les deux exceptions alléguées par le gouvernement suisse pour tenter de faire déclarer la requête irrecevable, la Cour aborde le fond de l'affaire. L'existence d'une ingérence – même d'une ingérence « grave » – dans la liberté de réunion, engendrée par l'interdiction absolue de manifester pendant plusieurs semaines, n'est pas contestée par les parties³⁴. Il reste donc à déterminer si cette ingérence peut être justifiée au regard de l'article 11, paragraphe 2, de la Convention, ce qui implique de démontrer qu'elle repose sur une base légale, qu'elle vise un but légitime et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique.

La deuxième question – relative à la légitimité – est rapidement tranchée par la Cour qui admet la position du gouvernement suisse, d'ailleurs également acceptée par l'association requérante : les mesures litigieuses poursuivaient en particulier deux buts mentionnés à l'article 11, paragraphe 2, à savoir la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui³⁵. On peut augurer que le même raisonnement sera retenu sans détour dans la plupart des affaires à venir relatives aux mesures de lutte contre la pandémie.

La première question – qui concerne la légalité de l'interdiction de manifester – appelle davantage d'observations. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme exige que les mesures qui restreignent les droits fondamentaux reposent sur une base légale, qui ne doit pas nécessairement être une loi au sens formel³⁶, mais qui doit être suffisamment accessible et prévisible³⁷. À cet égard,

³¹ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 31. La Cour rappelle en effet que la Convention n'autorise pas des requérants à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 38). À ce propos, la Cour se réfère notamment à Cour eur. D.H. (Gde ch.), *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, paragraphe 28). Sur l'origine et la portée de la notion de « victime », on renvoie à J. MARQUIS, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Genève, Zürich et Bâle, 2017, pp. 191 et s.

³² Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 42.

³³ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 5, *in fine*.

³⁴ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 71 (position du gouvernement) et paragraphe 75 (appréciation de la Cour).

³⁵ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 80.

³⁶ La conception est particulièrement large dès lors que la notion de loi « englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit » (Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, paragraphe 47).

³⁷ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, paragraphe 47 ; Cour eur. D.H. (Gde ch.), *Kudrevičius et autres c. Lituanie*, paragraphe 108.



l'association requérante soulève notamment le fait que l'interdiction générale de manifester reposait sur une simple ordonnance du gouvernement, non approuvée par le parlement, et allègue un défaut de précision concernant les mesures prévues. On remarque que ceci correspond assez largement aux critiques qui ont été formulées, en Belgique, face à l'adoption de multiples arrêtés ministériels visant à lutter contre la propagation du *coronavirus* sur la base de dispositions législatives relativement vagues³⁸. La réponse apportée par la Cour – qui n'ignore pas le caractère sensible du débat sur la centralisation du pouvoir vers les exécutifs en période de crise – n'apporte cependant pas d'enseignement décisif sur ce point. Après avoir affirmé que la loi irait à l'encontre du principe de prééminence du droit « si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limite »³⁹, la Cour botte en touche et s'abstient de déterminer si la qualité de la loi était, en l'espèce, conforme aux exigences de la Convention⁴⁰. Elle se permet cette attitude parce qu'elle annonce que la mesure litigieuse ne pourra de toute façon pas être justifiée au regard du critère de nécessité dans une société démocratique et qu'il n'est donc pas indispensable de trancher la question de la légalité, dès lors qu'un constat de violation sera de toute façon prononcé. On reconnaît ici une méthode que la Cour emploie occasionnellement pour éviter de se prononcer sur des questions épineuses et délicates⁴¹. À première vue, cette approche montre une certaine prudence de la Cour, dans un arrêt où elle prend déjà des risques sur d'autres points. Néanmoins, cela laisse subsister une épée de Damoclès sur les dispositifs juridiques qui, comme en Suisse ou en Belgique, ont permis aux gouvernements d'adopter des mesures fortes pour lutter contre la pandémie sans passer par les parlements⁴².

6. Condition de nécessité dans une société démocratique

Comme dans la plupart des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est l'examen de la condition de nécessité dans une société démocratique qui implique les plus longs développements. À l'entame de son raisonnement, la Cour rappelle que la Suisse jouissait d'une « certaine » marge d'appréciation pour déterminer des restrictions à la liberté de réunion, mais que celle-ci n'est pas illimitée⁴³. C'est déjà là un point sur lequel s'opposent les juges minoritaires, qui considèrent que, dans les affaires relatives à la santé publique, la jurisprudence accorde une marge d'appréciation « ample » aux États⁴⁴. L'opinion concordante revient elle aussi sur l'étendue de la marge d'appréciation ; elle se focalise cependant davantage sur

³⁸ Voy. not. P. POPELIER, « Covid-19 legislation in Belgium at the crossroads of a political and a health crisis », *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, pp. 131-153, ici pp. 139-141 ; A.-E. BOURGAUX et T. GAUDIN, « (In)compétences des parlements belges en période de confinement et de distanciation sociale : pouvoirs spéciaux et mesures urgentes pour lutter contre le Covid-19 », in *Le droit public belge face à la crise du Covid-19*, Fr. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 179-224 et – dans le même ouvrage collectif – P. GOFFAUX, « Pouvoir de police de l'ordre public et crise sanitaire du coronavirus Covid-19 », pp. 391-452.

³⁹ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 78.

⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 79.

⁴¹ On a même déjà vu la Cour éviter de se prononcer sur l'applicabilité d'une disposition de la Convention en jugeant que, quand bien même elle serait applicable, ses exigences sont en tout état de cause respectées par l'État défendeur. Voy. not. Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, paragraphe 85, où la Cour évite de se prononcer sur l'applicabilité du droit à la vie (article 2 de la Convention) à l'enfant à naître en utilisant la technique que nous venons de décrire.

⁴² Cette question n'est pas abordée en tant que telle dans l'opinion dissidente qui suit l'arrêt. On retrouve des éléments connexes dans les paragraphes 20 à 22 de l'opinion concordante où l'on insiste sur l'importance du débat parlementaire.

⁴³ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 84.

⁴⁴ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 13.



les caractéristiques de la mesure plutôt que sur ses objectifs sanitaires. Ainsi, cette marge serait « bien plus étroite » lorsque la restriction constitue une mesure générale d'interdiction, comme en l'espèce, « que lorsqu'est en cause la réponse apportée par [d]es autorités à des débordements ou à des actes de violence commis lors de rassemblements »⁴⁵.

Dans le contexte de la gestion d'une crise, il faut tenir compte, explique la Cour, de la Convention dans son ensemble et du fait que la limitation de l'exercice de nombreux droits visait notamment à protéger d'autres droits fondamentaux, comme le droit à la vie : en d'autres mots, « la Cour tient compte des intérêts opposés en jeu dans le contexte très complexe de la pandémie, et notamment de l'obligation positive imposée aux États parties à la Convention de protéger la vie et la santé des personnes se trouvant sous leur juridiction en vertu, notamment, des articles 2 et 8 de la Convention »⁴⁶. Néanmoins, la Cour juge que le caractère absolu de l'interdiction de manifester exige une justification solide et un contrôle particulièrement sérieux par les tribunaux⁴⁷.

Or, l'arrêt considère que cette exigence n'est pas rencontrée. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour développe plusieurs arguments, dont un qu'elle met en exergue : la mise en balance des intérêts opposés en jeu n'a pas été opérée par les tribunaux internes dans le cadre d'un examen de proportionnalité, alors que c'est particulièrement nécessaire dans le cas d'une mesure aussi radicale⁴⁸. Dans son opinion concordante, le juge Krenc – se référant à un article récent du président de la Cour R. Spanó⁴⁹ – estime que cette revendication d'un recours effectif disponible et utile dans ce contexte découle des exigences de l'État de droit⁵⁰. On voit que ce sont des aspects procéduraux de la liberté de réunion qui sont au cœur du test de proportionnalité, même si la Cour ne les sépare pas de ses réflexions subséquentes sur la substance de ce droit fondamental. Comme l'indique la Cour, le constat qu'elle opère dans le cadre du test de proportionnalité découle des conclusions tirées lors de l'examen de l'épuisement des voies de recours internes⁵¹, lesquelles – on l'a vu – ont été vivement critiquées dans l'opinion dissidente⁵². Il n'est dès lors pas surprenant de lire que les juges minoritaires s'en prennent aussi à cet aspect de l'arrêt ; selon eux, la prémisse qui fonde le raisonnement de la Cour sur le critère de la proportionnalité (il n'y a pas de recours utile disponible) « est tout simplement erronée »⁵³. La majorité, au contraire, insiste en affirmant que, dans des circonstances où des débats parlementaires approfondis n'ont pas pu être menés, « un contrôle juridictionnel indépendant et effectif des mesures prises par le pouvoir exécutif s'avère d'autant plus impérieux »⁵⁴. L'instauration de recours disponibles et

⁴⁵ Opinion concordante jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 10.

⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 84 *in fine*. Dans son opinion concordante, le juge Krenc insiste : « [p]rotéger la vie et la santé des personnes n'est donc pas une option pour les États » (Opinion concordante jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 4). Nous avons traité de l'équilibre délicat à rechercher entre le droit à la vie (et à la santé) et les autres droits fondamentaux dans Fr. BOUHON et M. FRANSEN, « Devoir et pouvoir de protéger la vie en temps de pandémie : essai d'analyse transversale au regard des droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 751-784.

⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 85.

⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 86.

⁴⁹ R. SPANÓ, « L'État de droit – L'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, pp. 481-509.

⁵⁰ Opinion concordante jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 17. Voy. aussi les paragraphes 18 et 23.

⁵¹ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 86.

⁵² Voy. *supra*, n° 3.

⁵³ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 11.

⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 87.



immédiatement efficaces pour contrôler les mesures adoptées par les autorités étatiques, spécialement dans un contexte de crise et de limitation des libertés, nous paraît hautement souhaitable et nous avons d'ailleurs déjà suggéré ailleurs des dispositifs pour renforcer les outils disponibles en droit belge dans cette perspective⁵⁵. Autre est la question de savoir si l'article 11 de la Convention a été violé parce que les juridictions suisses n'avaient pas exercé de contrôle de proportionnalité dans l'affaire en cause, alors même qu'aucune opportunité de le faire ne leur avait été donnée. À cet égard, l'opinion dissidente s'achève par des mots forts : « [e]n dernière analyse, la majorité accuse les autorités d'omissions qui sont à mettre sur le compte de la requérante »⁵⁶.

Le reste de l'argumentation de la Cour consiste à opérer elle-même la mise en balance des intérêts opposés – ce que la minorité qualifie d'exercice « totalement abstrait »⁵⁷. D'un côté, la Cour reconnaît « que la menace pour la santé publique provenant du *coronavirus* était très sérieuse, que les connaissances sur les caractéristiques et la dangerosité du virus étaient très limitées au stade initial de la pandémie et, dès lors, que les États ont dû réagir rapidement »⁵⁸. De l'autre côté, les juges de la majorité pointent principalement cinq éléments qui la convainquent du caractère excessif de la mesure en cause : (1) l'importance de la liberté de réunion ; (2) le caractère général et la durée de l'interdiction de manifester⁵⁹ ; (3) le fait que, pendant qu'elle était en vigueur, d'autres formes de rassemblements, spécialement ceux qui résultaient de l'activité toujours autorisée sur les lieux de travail, demeuraient possibles⁶⁰ ; (4) la nature pénale ainsi que la sévérité (jusqu'à trois ans d'emprisonnement) des sanctions susceptibles d'être infligées aux auteurs d'une transgression de l'interdiction⁶¹ et (5) le fait que la Suisse – dans la lignée de la plupart des États membres du Conseil de l'Europe et spécialement de ceux de l'Europe occidentale – n'avait pas activé l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et demeurait donc soumise au droit commun de la Convention⁶². La réaction des juges minoritaires est, ici aussi, plutôt acerbe : « [n]ul mot sur l'envergure de la manifestation prévue, son circuit, le nombre de participants attendus, rien non plus sur la propagation du virus à cette époque, le surpeuplement des hôpitaux, le manque de vaccins et de traitements efficaces à la lumière des connaissances des autorités sanitaires et politiques du phénomène à l'époque, rien de concret (...) »⁶³. S'il est vrai que ces éléments sont peu développés dans l'arrêt, nous estimons néanmoins que les éléments relevés par la Cour pour évaluer la proportionnalité de la mesure ne manquent pas de poids et peuvent constituer des repères utiles pour la jurisprudence à venir⁶⁴.

⁵⁵ L. LAPERCHE et Fr. BOUHON, « Droits fondamentaux et Covid-19 : quelques leçons d'une crise », *op cit.*, ici pp. 261-262.

⁵⁶ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 14.

⁵⁷ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 11.

⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 84.

⁵⁹ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 91.

⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 87.

⁶¹ Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 89.

⁶² Cour eur. D.H., arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 90. Ce passage de l'arrêt peut être analysé comme un signal de la Cour sur son aptitude à juger moins sévèrement les mesures radicales adoptées par la dizaine d'États qui, eux, ont déclaré leur volonté de déroger à la Convention dans le cadre fixé par l'article 15 et ainsi rappeler le sens et la portée de cette disposition largement ignorée à un moment où elle avait pourtant toute sa raison d'être. À ce sujet, voy. T. MÖRTH, « Derogation from Human Rights Treaties in Times of Pandemic : *De Jure or De Facto?* », in *Les droits humains en temps de pandémie*, Bruxelles, Larcier, 2022, à paraître.

⁶³ Opinion dissidente jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 12.

⁶⁴ En ce sens, voy. l'opinion concordante jointe à l'arrêt C.G.A.S. c. Suisse, paragraphe 25.



7. Conclusion

L'ensemble de l'analyse qui précède démontre que l'arrêt *Communauté genevoise d'action syndicale (C.G.A.S.) c. Suisse* est une décision à la fois exemplaire et fragile.

Elle est exemplaire, en ce qu'elle est la première à mettre en cause directement une mesure de restriction sanitaire, en la critiquant sévèrement pour sa radicalité et sa sévérité et ce, malgré les difficultés liées à la gestion de la pandémie, que la Cour reconnaît. À cette occasion, la Cour tient compte du fait que l'État en cause n'a pas activé l'article 15 qui lui aurait permis d'envisager, face à un « danger public menaçant la vie de la nation », de véritables dérogations aux libertés ; elle contribue ainsi à rendre du sens à cette disposition largement oubliée pendant la crise. L'arrêt est particulièrement ferme sur les exigences procédurales qui encadrent la liberté de réunion : face à une interdiction stricte de se rassembler, qui n'a guère pu être débattue au parlement, un contrôle juridictionnel doit pouvoir être exercé avant la date à laquelle une manifestation est envisagée. L'absence d'une telle voie de recours est considérée comme un élément décisif de nature à engendrer un échec du test de proportionnalité. Par ailleurs, les autres voies de recours éventuellement disponibles *a posteriori* ne doivent pas nécessairement être épuisées avant de saisir la Cour. Cette fermeté semble indiquer que la Cour pourrait se montrer sévère avec d'autres mesures strictes imposées par les États pour lutter contre la pandémie. Cela vaut notamment pour la liberté de réunion qui, comme le rappelle les auteurs de l'opinion concordante, « permet aux individus de manifester collectivement et publiquement leur contestation face aux autres restrictions de droits et de libertés »⁶⁵.

L'arrêt *C.G.A.S.* est cependant fragile. L'opinion dissidente, évoquée tout au long de notre analyse, critique lourdement – à notre avis trop sévèrement – la position de la courte majorité tant sur la recevabilité que sur le fond. Selon les trois juges minoritaires, « l'arrêt s'est livré à un contrôle abstrait d'une norme, qui ne peut être que bancal »⁶⁶. Alors que la décision est critiquée, en Suisse notamment⁶⁷, un renvoi devant la Grande chambre ne paraît pas improbable⁶⁸ et pourrait, le cas échéant, remettre en cause le cap vers lequel la Cour s'est orientée dans son premier grand arrêt sur la pandémie de Covid-19. En attendant, la Cour européenne des droits de l'homme a tenu son rôle de gardienne des droits fondamentaux, en cherchant à rendre ces derniers « concrets et effectifs »⁶⁹ même – et peut-être surtout – dans les situations où les États, les sociétés et les individus sont bouleversés par une crise grave.

Frédéric BOUHON
Professeur à l'ULiège

⁶⁵ Opinion concordante jointe à l'arrêt *C.G.A.S. c. Suisse*, paragraphe 19.

⁶⁶ Opinion dissidente jointe à l'arrêt *C.G.A.S. c. Suisse*, paragraphe 10.

⁶⁷ On relève, à titre d'illustration que le ministre genevois Mauro Poggia s'est exprimé comme suit dans la presse locale : « Je m'étonne (...) que depuis leur tour d'ivoire, à la sortie balbutiante de l'une des crises sanitaires les plus meurtrières qu'a connues la planète depuis un siècle et alors que les bombes tombent aux portes des pays membres du Conseil de l'Europe, une majorité de juges puisse raisonner dans la plus totale abstraction. (...) Mais ce qui me scandalise plus encore, c'est de voir que la Suisse a été condamnée grâce à la voix de son propre représentant (...) sans doute trop heureux de faire la leçon à son pays et de donner ainsi bien inopportunistement l'image de son indépendance » (*G.H.I.*, édition des 30 et 31 mars 2022, p. 2).

⁶⁸ Sur ce point, voy. not. P.-Y. BOSSHARD, « L'ordonnance Covid 2 a violé le droit de manifester », *Le Courrier*, 17 mars 2022 (accessible en ligne : <https://lecourrier.ch/>). Le délai de trois mois ouvert par l'article 43, alinéa 1^{er}, de la Convention n'est pas encore échu au moment d'écrire les présentes lignes.

⁶⁹ Voy. à cet égard la jurisprudence constante de la Cour et, par exemple, Cour eur. D.H., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, paragraphe 24 ; Cour eur. D.H., arrêt *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, paragraphe 51 ; Cour eur. D.H., arrêt *Lacatus c. Suisse*, 19 janvier 2021, paragraphe 57 ; Cour eur. D.H., arrêt *Benghezal c. France*, 24 mars 2022, paragraphe 45.

