

Regards croisés des Nations Unies et de l'Europe sur le droit médical et le dommage corporel

Isabelle LUTTE

Avocat au barreau de Bruxelles

Docteur en médecine, neurologue

Chargée de cours à l'ULB

Introduction	63
Section 1. Les droits de l'homme	64
§ 1. La Déclaration universelle des droits de l'homme	64
§ 2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques	64
I. Origine	64
II. Effet direct en droit belge	66
III. Titulaires des droits	67
IV. Titulaires des obligations	68
V. Quant au recours	68
§ 3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	68
I. Origine	68
II. Place de la C.E.D.H. dans le droit belge	71
III. Titulaires des droits et libertés	72
IV. Titulaires des obligations découlant de la Convention	73
V. Quant au recours	76
§ 4. La Charte européenne des droits fondamentaux	78
I. Origine	78
II. Place de la Charte dans le droit belge	79
III. Titulaires des droits	80
IV. Titulaires des obligations	81
V. Quant au recours	81
§ 5. La Convention relative aux droits des personnes handicapées	81
I. Origine	82
II. Place dans le droit belge	84
III. Le handicap et sa définition	84
IV. Le concept juridique de l'aménagement raisonnable	90
ANTHEMIS	61

V.	Titulaires des droits	93
VI.	Titulaires des obligations	94
VII.	Quant au recours	94
§ 6.	La Constitution	94
I.	Origine	94
II.	Place dans le droit belge	94
III.	Titulaires des droits	98
IV.	Quant au recours	98
§ 7.	La diversité des instruments juridiques assurant la protection des droits fondamentaux et leur interaction	99
§ 8.	L'effet des différents textes	101
Section 2.	Application au droit médical et au dommage corporel	102
§ 1.	L'absence des droits de l'homme (fondamentaux) dans nos débats : question d'opportunité ou simple ignorance ?	102
§ 2.	Le droit de l'intégrité corporelle protégé par les articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit à la vie privée et familiale) de la C.E.D.H.	103
§ 3.	L'accès aux données médicales et leur production	105
§ 4.	Les expertises médicales (volet procédural des articles 2 et 8)	106
§ 5.	L'intimité du patient confrontée à la présence de stagiaires	108
§ 6.	L'anamnèse	110
§ 7.	Le traitement médical hors consentement	112
§ 8.	Les traitements inhumains et dégradants	114
§ 9.	L'éducation et l'enseignement	115
§ 10.	Les risques transfusionnels	117
§ 11.	Le préjudice sexuel d'une femme cinquantenaire	119
§ 12.	L'espérance légitime face au changement législatif	121
Conclusion		124

« Ce n'est pas un corps, ce n'est pas une âme, c'est un Homme. »

MONTAIGNE, à propos du malade

« Pour ceux qui n'ont pas l'habitude de le côtoyer, le statut d'handicapé [...] est tellement marquant (effrayant, dérangent) qu'il masque complètement l'être humain qui existe derrière. »

GRAND CORPS MALADE, *Patients*, Don Quichotte éd., Paris, 2012, p. 67

Introduction

« L'importance de l'intégrité physique et psychique de la personne humaine n'a souvent d'égal que sa fragilité. Au gré des caprices de la vie, cette intégrité vient s'effriter au rythme de pathologies et de traumatismes, sources de lésions »¹ générant des troubles fonctionnels associés à des répercussions dans la vie quotidienne de la personne qui en est atteinte.

Chaque personne souffrant d'une telle atteinte corporelle peut être décrite comme étant un homme ou une femme, un enfant ou une personne âgée, un travailleur ou une travailleuse, un homme ou une femme au foyer, un patient ou une patiente, un consommateur ou une consommatrice de produits et de services, un(e) libre circulant(e) dans l'Union européenne, une personne handicapée...

Chacune de ces dimensions fait l'objet d'une réelle attention du droit international. Ces normes, qu'elles soient issues du droit de l'Union européenne, du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne, sont de nature tant à avoir une influence réelle et significative sur la situation de ces personnes souffrant d'une atteinte corporelle, qu'à nourrir et guider notre approche de la réparation d'un tel dommage.

Dans le cadre de notre contribution, nous nous adresserons à la victime d'un dommage corporel en sa qualité d'homme, de femme ou d'enfant à qui des droits et libertés fondamentaux sont reconnus mais aussi dans sa dimension de plus grande vulnérabilité, celle d'une personne handicapée telle que celle-ci est définie par le droit international.

Nous examinerons, en soulignant leur pluralité et la variabilité de leur efficacité, les principaux instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme pouvant présenter un intérêt pour les praticiens du droit médical et du dommage corporel.

Nous étudierons enfin l'interaction existant entre ces divers instruments juridiques, puis les recours pouvant être envisagés si les droits fondamentaux y étant affirmés n'étaient pas respectés.

¹ P. STAQUET, « Incapacité personnelle et dommage moral : un mariage blanc ? », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, sous la direction d'Isabelle Lutte, Limal, Anthemis, 2016, p. 91.

Section 1

Les droits de l'homme**§ 1. La Déclaration universelle des droits de l'homme**

La Déclaration universelle des droits de l'homme fut adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948. Cette déclaration reprend bon nombre de droits déjà prévus dans la Constitution belge, mais proclame également des droits encore non garantis, dont notamment des droits économiques, sociaux et culturels.

Cette déclaration ne crée pas d'obligations pour les États. Le plus souvent présentée comme une déclaration-manifeste énonçant des principes généraux formant un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations, elle ne peut constituer une base légale pour un recours, qu'il soit porté devant la Cour de cassation², la Cour constitutionnelle³ ou le Conseil d'État⁴. Il n'existe pas davantage de contrôle du respect de la Déclaration des droits de l'homme au niveau international.

Soulignons que l'absence de force juridique contraignante ne saurait conduire à sous-évaluer son importance tant historique que politique : la Déclaration universelle des droits de l'homme est, dans le domaine des droits de l'homme, incontestablement l'une des sources d'inspiration et d'interprétation de nombreuses dispositions relevant tant du droit international que du droit interne⁵.

§ 2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

I. Origine

Le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale de l'ONU adopta trois instruments à valeur de traités et, dès lors, ayant force obligatoire à l'égard des États les ayant ratifiés.

Il s'agit du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁶ – que nous n'aborderons pas dans cette contribution – et du Pacte facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel sera

² Cass., 15 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 734.

³ C. const., 31 juillet 2008, arrêt n° 119/2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1300.

⁴ C.E., 9 février 1966, *Meyer*, n° 11.634, *R.J.D.A.*, 1966/1, pp. 59-60; voy. aussi C.E., 12 novembre 1998, X, n° 76.906; C.E., 4 janvier 2006, *Menova*, n° 153.232; C.E., 29 septembre 2009, *Avila Diman*, n° 196.475.

⁵ Voy. en ce sens: O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROEK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 44.

⁶ J.P. Wavre (2), 24 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, n° 39, p. 2008: « Cette convention ne donne aux particuliers aucun moyen d'imposer aux États ou autres particuliers de mettre à leur disposition les conditions matérielles jugées nécessaires par eux pour atteindre leurs objectifs culturels. »

complété par un second Protocole facultatif de 1989 relatif à l'abolition de la peine de mort⁷.

Ces instruments précisent et développent les droits reconnus par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Parmi ces droits civils et politiques, nous retrouvons le droit à la vie, à la sécurité, la liberté de croyance, d'expression, la présomption d'innocence, etc.

L'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui autorise les États à déroger à certains droits, ne le permet que sous réserve que les mesures prises n'entraînent pas « une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ».

L'article 26 de ce Pacte proclame l'égalité devant la loi et assure à toute personne une égale protection, sans discrimination, « notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Cette interdiction de discrimination peut être directe ou indirecte, « cette dernière notion caractérisant une règle ou une mesure qui semble neutre *a priori* ou dénuée de toute intention discriminatoire mais qui peut néanmoins entraîner une discrimination du fait de son effet négatif, exclusif ou disproportionné, sur une certaine catégorie de personnes »⁸. Soulignons que les motifs de discrimination visés à l'article 26 sont énumérés à titre exemplatif.

Toute différenciation n'est pas discrimination.

« Ainsi, cependant, l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par

⁷ La Belgique a ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels le 21 avril 1983 (loi du 15 mai 1981 portant approbation des Actes internationaux suivants: a) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; b) Pacte international relatif aux droits civils et politiques, faits à New York le 19 décembre 1966, M.B., 6 juillet 1983 (entrée en vigueur 16 juillet 1983)). Observons cependant que l'État belge a émis certaines réserves et déclarations interprétatives que nous n'examinerons pas dans la présente contribution.

Le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques fut quant à lui ratifié le 17 mai 1994 (loi du 16 mars 1994 portant approbation du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, M.B., 23 juin 1994 (entrée en vigueur 17 août 1994)).

⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, communication n° 976/001, 1^{er} avril 2004, *Derksen c. Pays-Bas*, doc. ONU CCPR/C/80/D/976/2001 (2004), § 9.3.

rapport au reste de la population. Cependant, tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime au regard du Pacte.»⁹

Enfin, l'article 24 assure la protection des enfants, sans discrimination entre autres fondée sur le sexe.

II. Effet direct en droit belge

Le Pacte relatif aux droits civils et politiques forme un catalogue de droits concrets et effectifs.

Aucune disposition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne détermine *expressis verbis* si tout ou partie de ces normes ont des effets directs dans l'ordre juridique des États contractants.

En Belgique, le juge décide, conformément aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, si une norme de ce Pacte doit être considérée comme ne créant des droits et des obligations que pour l'État contractant ou si, outre les effets qu'elle a vis-à-vis de celui-ci, elle déploie également des effets directs dans l'ordre juridique interne pour les particuliers.

La jurisprudence a ainsi reconnu que la plupart des dispositions de ce Pacte sont directement applicables par le juge national^{10 11}. Cet effet direct est confirmé par le législateur¹².

⁹ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observations générales n° 18, § 10; voy. aussi communication n° 943/2000, 7 juillet 2004, *G. Jacobs c. Belgique*, doc. ONU CCPR/C/81/D/943/2000 (2004).

¹⁰ Cass., 17 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, pp. 524-528: « L'article 9, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disposition en vertu de laquelle tout individu arrêté doit être informé, au moment de son arrestation, des raisons de celle-ci, et, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui, a des effets directs dans l'ordre juridique en Belgique. » S. VAN DROOGHENBROECK, note sous Cass., 17 janvier 1984, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, sous la direction d'Olivier De Schutter et Sébastien Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 51-52: l'effet direct « se déduit la plupart du temps du fait que la juridiction saisie entend rencontrer au fond les moyens formés devant elle sous le visa des dispositions du Pacte, ce qui suppose nécessairement que l'effet direct leur ait préalablement été reconnu »; M. BOSSUYT, « De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten », *R.W.*, 1978-1979, col. 235 à 248.

¹¹ Voy. aussi Cass., 11 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 619; Cass., 2 octobre 1985, *Pas.*, I, 1986, I, n° 58; Cass., 18 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 173; Cass., 11 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, n° 413; Cass., 3 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 140; Cass., 16 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 238; Cass., 10 février 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 355; Cass., 22 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 455; Cass., 22 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 461; Cass., 18 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 579; Cass., 25 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 588; Cass., 28 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 670; Cass., 7 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 10; Cass., 22 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 171; Cass., 8 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 335; Cass., 24 avril 2002, R.G. n° P.02.0105.F, www.juridat.be; Cass., 2 septembre 2013, R.G. n° P.01.0980.N, www.juridat.be.

¹² Voy. notamment les travaux préparatoires de la révision de l'article 22bis de la Constitution: Révision de l'article 22bis de la Constitution, en vue d'y ajouter un alinéa concernant la protection de droits supplémentaires de l'enfant, Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par Mme de Bethune et M. Delpérée, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-265/3, p. 4: « Afin de ne pas rendre la Constitution illisible et de ne pas faire double emploi avec des textes directement applicables, la propo-

À propos de l'applicabilité horizontale, soulignons que le préambule du Pacte relatif aux droits civils et politiques précise, en son dernier considérant, le fait « que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte ».

L'applicabilité horizontale de droits civils et politiques a été largement accueillie par la doctrine¹³ et la jurisprudence.

Prenons l'exemple du contrat d'un joueur de football le liant au président de son club. Il s'agit là incontestablement d'un contrat privé entre deux particuliers. Par ce contrat, le footballeur se reconnaissait être la propriété exclusive du président du club de football (l'ayant acquis sur fonds propres) et voyait ainsi aliénée sa liberté d'exercer une activité de footballeur dans un autre club tant qu'il n'avait pas remboursé à son propriétaire une indemnité.

Dans un arrêt du 29 septembre 2008, la Cour de cassation, se fondant sur une approche combinée des articles 12, alinéa 1^{er}, et 23 de la Constitution, de l'article 4, §§ 1^{er} et 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 8, §§ 1^{er}, 2 et 3, a), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui garantissent le droit au travail et le libre choix d'une activité professionnelle et qui interdisent l'esclavage et le travail forcé, considéra une telle aliénation conventionnelle contraire à l'ordre public¹⁴. Observons dès à présent que la Cour de cassation a recouru à une lecture combinée de normes issues de différents instruments juridiques (voy. *infra*).

III. Titulaires des droits

Le Pacte relatif aux droits civils et politiques s'applique, conformément à l'article 2, § 1^{er}, à tous les individus se trouvant sur le territoire et relevant de la compétence de chaque État partie au Pacte, et ce, sans distinction « de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

sition de modification de la Constitution ne mentionne pas les droits garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant qui sont également garantis, soit par la Constitution belge, soit par des textes internationaux directement applicables (à savoir la Convention européenne des droits de l'homme et ses Protocoles additionnels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques), soit par la jurisprudence relative à ces textes internationaux.»

¹³ N. VAN LEUVEN et L. VAN CRAYENBECK, « L'effet horizontal des droits et libertés », in *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, coll. Grands arrêts, sous la direction de Sébastien Van Drooghenbroeck, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 261-272; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 290.

¹⁴ Cass., 28 septembre 2008, *J.T.T.*, 2008, n° 1023, p. 464, note L. WANTIEZ, « Clauses de non-démarchage et clauses de non-concurrence souscrites par les indépendants », pp. 466-467.

IV. Titulaires des obligations

Considérant que « les obligations que leur impose le Pacte ne se limitent pas au respect des droits de l'homme [mais] qu'ils se sont également engagés à assurer la jouissance de ces droits à toutes les personnes relevant de leur juridiction »¹⁵, les États contractants peuvent être mis en cause lors d'une violation portée aux droits civils et politiques reconnus par le Pacte.

Par ailleurs, nous référant à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation¹⁶, nous pouvons considérer que le Pacte impose aussi des obligations aux particuliers.

V. Quant au recours

L'article 2, § 3, du Pacte consacre le droit à un recours utile devant une instance nationale (n'étant pas nécessairement une juridiction) à toute personne dont les droits et libertés reconnus auront été violés.

§ 3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

I. Origine

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.), a été ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur en 1953. La C.E.D.H. a été ratifiée par la Belgique le 14 juin 1955¹⁷.

S'inscrivant dans le sillage de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention concrétise et rend contraignants certains des droits y étant énoncés.

La C.E.D.H. reconnaît le droit à la vie (art. 2), le droit à l'intégrité de la personne (art. 3), le droit à la liberté de travail (art. 4), le droit à la liberté et à la sécurité (art. 5), le droit à un procès équitable (art. 6), le droit à la légalité des peines et à la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9), le droit à la liberté d'expression (art. 10), le droit à la liberté de réunion et d'association (art. 11), le droit au mariage (art. 12), le droit à un recours effectif (art. 13) et le droit à la non-discrimination (art. 14). L'article 15

¹⁵ COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, Observation générale n° 3, Mise en œuvre du Pacte dans le cadre national (art. 2), doc. N.U. CCPR (treizième session, 1981), 31 juillet 1981.

¹⁶ Cass., 28 septembre 2008, *J.T.T.*, 2008, n° 1023, p. 464, note L. WANTIEZ, « Clauses de non-démarchage et clauses de non-concurrence souscrites par les indépendants », pp. 466-467.

¹⁷ Loi du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et du Protocole additionnel à cette Convention, signé à Paris le 20 mars 1952, *M.B.*, 19 août 1955, entrée en vigueur le 29 août 1955.

permet des dérogations en temps de guerre. L'article 16 autorise certaines restrictions aux activités politiques des étrangers. L'article 17 envisage la sûreté intérieure de l'État. L'article 18 interdit que les restrictions précisées ci-dessus soient appliquées dans un autre but que celui pour lequel elles ont été prévues.

Aux droits et libertés énoncés par la Convention, il y a lieu d'ajouter le droit à la propriété (art. 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel), le droit à l'instruction (art. 2 du 1^{er} Protocole additionnel), la liberté de circulation incluant le libre choix de sa résidence (art. 2 du Protocole n° 4) ainsi que l'interdiction générale de toute discrimination (art. 1^{er} du Protocole n° 12¹⁸).

Les droits reconnus par la C.E.D.H. sont principalement de nature civile et politique mais ceux-ci peuvent avoir des prolongements sociaux et économiques. Cette position fut clairement explicitée par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment dans l'arrêt *Airey* traitant de l'organisation d'une aide judiciaire gratuite¹⁹. Dans l'affaire soumise à la Cour de Strasbourg, Madame Airey se plaignait de ce que l'État (l'Irlande) ne lui aurait pas donné accès à la justice pour demander une séparation de corps parce que les frais prohibitifs d'un procès l'avaient empêchée de saisir la *High Court* pour demander une séparation judiciaire. L'Irlande s'efforça de démontrer que le refus d'une aide juridique gratuite opposé à Madame Airey est conforme à la C.E.D.H.

«Le Gouvernement appuie son argument principal sur ce qu'il considère comme les conséquences de l'avis de la Commission: dans chaque contestation relative à un "droit de caractère civil", l'État devrait fournir une aide judiciaire gratuite. Or la seule clause de la Convention qui régit expressément cette dernière question, l'article 6 par. 3 c), concerne les procédures pénales et s'accompagne elle-même de restrictions; au surplus, d'après la jurisprudence constante de la Commission nul droit à une aide judiciaire gratuite ne se trouve en soi garanti par l'article 6 par. 1. En ratifiant

¹⁸ Le Protocole n° 12, adopté en 2000, n'a pas été ratifié par la Belgique. À ce jour, tous les Parlements belges, à l'exception du Parlement flamand, ont adopté une législation y portant assentiment. Le Protocole n° 12 à la C.E.D.H. trouve son origine dans la volonté du Conseil de l'Europe d'interdire la discrimination de manière générale ou indépendante (art. 14 de la Convention), c'est-à-dire non seulement dans la jouissance des droits garantis par la Convention, mais également dans celle de tout droit prévu par la loi. La motivation principale du Conseil de l'Europe a été d'étendre la protection contre toute forme de discrimination.

«L'article 14, que le Protocole vient renforcer, protège incontestablement contre la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention. Cette protection est dépendante et doit donc toujours être liée à une disposition de la Convention. *Toutefois*, la Cour a, dès l'Affaire linguistique belge (23 juillet 1968), interprété cette condition de rattachement de manière large ou a interprété de façon extensive les autres articles de la Convention auxquels l'article 14 devait être rattaché. Ainsi, certains critères de différenciation sont vus comme "suspects", comme la religion, la nationalité, l'orientation sexuelle, le sexe, la naissance hors mariage, etc.» (Projet de loi portant assentiment au Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Rome le 4 novembre 2000, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-1205/1, n° 29).

¹⁹ Cour eur. D.H., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, série A, n° 32.

la Convention, ajoute le Gouvernement, l'Irlande a formulé une réserve à l'article 6 par. 3 c) pour réduire ses obligations dans le domaine de l'aide judiciaire en matière pénale; *a fortiori*, on ne saurait selon lui prétendre qu'elle ait tacitement accepté d'octroyer une aide judiciaire illimitée dans les litiges civils. Enfin, il ne faut pas d'après lui interpréter la Convention de manière à réaliser dans un État contractant des progrès économiques et sociaux; ils ne peuvent être que graduels.

La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, *la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui* (arrêt *Marckx* précité, p. 19, par. 41), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu [...]. *Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention.* »²⁰

La Cour conclut à une violation, non pas de l'article 6, § 3, c) mais bien de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Elle motiva sa position comme suit:

«Affirmer l'existence d'une obligation aussi étendue, la Cour l'admet, se concilierait mal avec la circonstance que la Convention ne renferme aucune clause sur l'aide judiciaire pour ces dernières contestations, son article 6 par. 3 c) ne traitant que de la matière pénale. Cependant, malgré l'absence d'un texte analogue pour les procès civils l'article 6 par. 1 peut parfois astreindre l'État à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, comme la législation nationale de certains États contractants le fait pour diverses catégories de litiges, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause.»

La Convention ne garantit pas les droits: elle les reconnaît. Le but de la C.E.D.H. étant de développer les droits de l'homme, son interprétation ne peut être figée mais se doit d'être dynamique et évolutive²¹ et tenir compte de l'évolution des conditions de vie. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg témoigne du fait que les droits de l'homme pénètrent progressivement tous les

²⁰ Arrêt *Airey c. Irlande*, § 26.

²¹ Voy. à ce propos: J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Répertoire pratique du droit belge. Législation, doctrine, jurisprudence, Bruxelles, Larcier, 2014, chapitre 5.

contextes de vie : celui du monde du travail et, plus largement, de la sphère économique, mais aussi de la vie de famille et de l'activité sexuelle.

Enfin, la lecture des différentes dispositions de la C.E.D.H. peut être utilement combinée. Prenons l'exemple de l'affaire *Marckx*²². Une dame contestait les dispositions légales belges qui lui interdisaient de disposer en faveur de sa fille née hors mariage. Si une telle restriction était possible au regard de la lecture du seul article 1^{er} du Protocole n° 1 (droit de la propriété), le fait que cette restriction ne concernait que les mères célibataires et non les femmes mariées traduisait une discrimination, et consécutivement une violation de l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné à l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

II. Place de la C.E.D.H. dans le droit belge

Dès lors que la Convention a été approuvée et publiée, ses normes ont été intégrées dans l'ordre juridique belge et y ont eu force obligatoire. Soulignons néanmoins que tel n'est pas le cas des préambules de la Convention et de ses Protocoles. Se limitant à des considérations générales, ceux-ci sont dépourvus d'effets directs²³.

Ainsi, la jurisprudence belge a admis, parfois de manière implicite, que les articles 2 à 12, 14, 15, 17 et 18 de la Convention, 1^{er} et 2 du Protocole n° 1 ont des effets directs dans l'ordre juridique interne²⁴. Cette reconnaissance jurisprudentielle de l'effet direct est conforme, nous semble-t-il d'après une lecture attentive des travaux préparatoires de la loi du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention, à la volonté du législateur.

²² Cour eur. D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74.

²³ Cass., 15 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 734; Cass., 26 septembre 1978, *Lootens, R.W.*, 1978-1979, p. 1670; *Pas.*, 1979, I, p. 126.

²⁴ Voy. entre autres J. VEU, « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *Rev. b. dr. inter.*, 1980, pp. 293-316;

– Cour eur. D.H., 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, req. n°s 2832/66, 2835/66 et 2899/66, série A, n° 12, pp. 43 et 46, §§ 82 et 95:

« L'article 5 (art. 5) est directement applicable en droit belge, en sorte que sa violation aurait pu être dénoncée au Conseil d'État. »

« Quant aux autres griefs des intéressés, la Cour se borne à relever que les articles 3 à 8 (art. 3, art. 4, art. 5, art. 6, art. 7, art. 8) de la Convention sont directement applicables en droit belge. Si donc les requérants considéraient que les décisions administratives litigieuses portaient atteinte aux droits consacrés par ces articles, ils auraient pu les déférer au Conseil d'État. »

– Cour eur. D.H., 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, req. n° 7654/76, série A, n° 40, pp. 16-17, § 33:

« La Convention forme pourtant partie intégrante du système juridique belge où elle prime la législation interne, antérieure ou postérieure (Cour de cassation, arrêt du 27 mai 1971 en l'affaire Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Pasicrisie belge, 1971, I, pp. 886-920). En outre, son article 8 (art. 8) revêt un caractère directement applicable ainsi que la Cour l'a constaté (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n° 12, p. 46, paragraphe 95) et que l'ont reconnu la jurisprudence belge (Cour de cassation, arrêts des 21 septembre 1959 et 26 septembre 1978, *Annuaire de la Convention*, vol. 3, pp. 625-629, et Pasicrisie belge, 1979, I, pp. 126-128) et celle d'autres États (voir, pour les Pays-Bas, Hoge Raad, arrêt du 18 janvier 1980, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1980, n° 462; pour le Grand-Duché de Luxembourg, Cour supérieure de Justice, arrêt du 2 avril 1980, *Journal des Tribunaux*, 1980, p. 491). »

Lors de son rapport à la Chambre le 3 février 1955, Monsieur De Vleeschauwer émet les considérations suivantes: «Un premier point pratique qui se présente pour les Parties Contractantes concerne le droit interne de chacune d'elles. [...]

Chaque fois qu'il s'agira d'un droit ou d'une liberté garantis par la Convention de sauvegarde, la solution s'indique d'elle-même. En effet, l'entrée en vigueur de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a pour résultat d'introduire dans le droit interne la reconnaissance des droits et libertés définis. Dès lors, les personnes privées titulaires de ces droits et libertés peuvent s'en prévaloir, en exiger le respect, demander réparation en cas de lésion devant les tribunaux nationaux.»²⁵

L'effet horizontal semble résulter d'une approche jurisprudentielle (voy. *infra*). Soulignons que les dispositions de la C.E.D.H. sont d'ordre public de sorte qu'elles s'imposent au juge national²⁶.

Par ailleurs, conformément à l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne, les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la C.E.D.H. font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et ceux-ci s'imposent à la Belgique, en sa qualité d'État membre, lorsqu'elle applique le droit de l'Union ou agit dans le cadre du droit communautaire.

III. Titulaires des droits et libertés

En vertu de l'article 1^{er} de la C.E.D.H., les titulaires des droits et libertés reconnus par la Convention et de ses Protocoles additionnels sont toutes les personnes relevant de la juridiction des États contractants.

L'État contractant doit reconnaître ces droits et libertés non seulement à ses propres nationaux, mais aussi aux ressortissants des États non parties à la Convention et aux apatrides²⁷. Pour qu'une personne soit titulaire des droits et libertés reconnus par la Convention, elle ne doit pas nécessairement se trouver ou résider sur le territoire d'un État contractant: il suffit mais il faut qu'elle relève de la juridiction de cet État.

²⁵ Projet de loi portant approbation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et du Protocole additionnel à cette Convention, Rapport de M. De Vleeschauwer, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1954-1955, n° 223, 3 février 1955, p. 10; voy. aussi les travaux préparatoires de la révision de l'article 22bis de la Constitution, Révision de l'article 22bis de la Constitution, en vue d'y ajouter un alinéa concernant la protection de droits supplémentaires de l'enfant, Rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par Mme de Bethune et M. Delpérée, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-265/3, p. 4.

²⁶ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Répertoire pratique du droit belge – Législation, doctrine, jurisprudence, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 108.

²⁷ Comm. eur. D.H., décision du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60, *Annuaire Conv.*, vol. IV, pp. 139-141. Observons que certains protocoles additionnels dérogent à cette règle générale. Ainsi, l'article 4 du 4^e Protocole et l'article 1^{er} du 7^e Protocole ne s'appliquent qu'aux étrangers. L'article 3 du 4^e Protocole n'intéresse que les nationaux.

Observons cependant que l'article 57 de la Convention consacre l'interdiction de toute interprétation ayant pour effet de limiter les droits et libertés reconnus par le droit interne ou par un autre traité. Pourquoi? Les personnes relevant de la juridiction des États contractants peuvent trouver une protection plus large dans le droit interne de ces États ou dans d'autres traités internationaux. Dans de telles hypothèses, il serait contraire à la *ratio legis* de la Convention que de telles dispositions plus protectrices soient limitées par l'effet de la Convention²⁸.

IV. Titulaires des obligations découlant de la Convention

La C.E.D.H. lie chacun des États contractants à l'égard de l'ensemble de son territoire²⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans son œuvre d'interprétation de la C.E.D.H., a reconnu l'existence de prestations positives à charge des États, en vue de rendre concrets et effectifs les droits reconnus³⁰. Pensons à l'assistance judiciaire gratuite et aux autres prestations positives auxquelles les États sont tenus pour garantir le respect effectif des droits à la vie privée³¹.

Le particulier peut-il invoquer dans un litige l'opposant à un autre particulier les dispositions de la C.E.D.H.? Cette question n'est certes pas dénuée d'importance et les réponses apportées furent longtemps quelque peu controversées.

Le particulier n'est à l'évidence pas une partie contractante de la Convention.

Néanmoins, la Convention s'impose à lui. « Si les droits garantis par la Convention ont principalement pour objet de protéger l'individu contre la puissance publique, ils doivent cependant, en raison de leur nature même, être respectés par les autres personnes, groupes ou institutions et sont opposables à ces autres personnes, groupes ou institutions. »³²

²⁸ Le juge belge doit, en cas de conflit entre une règle de la Convention (ayant des effets directs dans l'ordre juridique national) et une règle de droit interne, faire prévaloir la norme conventionnelle. Toutefois, conformément à l'article 53 de la Convention, le juge ne pourrait donner la primauté à la Convention au cas où la règle de droit interne assurerait une protection juridique plus étendue. Ainsi, la loi nationale cède la primauté à la Convention qui, à son tour, vient s'effacer devant une loi nationale plus favorable au justiciable.

²⁹ Art. 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

³⁰ WJ. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Quelques aperçus de la méthode d'interprétation de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 210: « La Cour dit quel est le droit. Parfois, aussi dans l'obligation de tenir compte de la finalité de la règle de droit, elle dit le droit. »

³¹ Cour eur. D.H., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, précité; Cour eur. D.H., 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, req. n° 8978/80, série A, n° 91; Cour eur. D.H., 25 novembre 1994, *Sjesma c. Finlande*, req. n° 18131/91, § 38.

³² J. VELU, « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *Rev. b. dr. inter.*, 1980, p. 300.

Prenons un exemple. L'affaire *Pla Puncernau* concerne des décisions judiciaires énonçant que Monsieur Pla Puncernau, en tant qu'enfant adopté, ne pouvait prétendre à la succession de la mère de Monsieur Pla Pujol, son père adoptif. En 1939, Madame Carolina Pujol Oller, la mère de Monsieur Pla Pujol légua à celui-ci par testament des biens immobiliers. Elle stipula dans l'une des clauses que son fils devait transmettre la succession à un « fils ou petit-fils d'un mariage légitime et canonique ». Monsieur Pla Pujol décéda le 12 novembre 1996. Il légua à son fils adoptif les biens dont il avait hérité, l'usufruit de ces biens étant attribué à son épouse, Madame Puncernau Pedro. Le 18 mai 2000, le Tribunal supérieur d'Andorre estima que Monsieur Pla Puncernau, en tant qu'enfant adopté, ne pouvait être considéré comme un « fils d'un mariage légitime et canonique » et, dès lors, ne pouvait pas prétendre à la succession de Madame Pujol Oller.

La Cour fut saisie de la question relative à la compatibilité de l'interprétation donnée par les juridictions andorranes des dispositions testamentaires avec l'article 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention et l'article 8 (droit à la vie familiale). La réponse de la Cour fut claire : « Certes, la Cour n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés. Cela étant, dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un *contrat privé*, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention. »³³

La Cour de Strasbourg considéra que l'interprétation de la clause testamentaire litigieuse selon laquelle, puisque Madame Pujol Oller n'avait pas expressément dit qu'elle n'excluait pas un fils adoptif, c'est qu'elle avait voulu l'exclure, a eu pour effet de priver Monsieur Pla Puncernau de son droit à la succession de sa grand-mère et a également entraîné la perte pour Madame Puncernau Pedro de son droit à l'usufruit des biens de l'héritage comme en avait disposé son défunt époux. Or, dès lors que la clause testamentaire, telle qu'elle fut établie par Madame Pujol Oller, ne faisait aucune distinction entre enfant biologique et enfant adoptif, toute interprétation en ce sens ne reposait dès lors sur aucune justification objective et devait s'analyser comme étant une exclusion judiciaire de l'enfant adoptif dans ses droits successoraux. Considérant qu'un enfant adoptif se trouve dans la même position juridique que s'il était l'enfant biologique de ses parents, et cela à tous égards, la Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la C.E.D.H.

Un autre exemple concernait l'exécution d'un contrat de bail assorti de l'interdiction d'installer une antenne satellite au niveau d'un appartement loué

³³ Cour eur. D.H., 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01, § 59.

en Suède. Le locataire ne respecta pas cette interdiction. Immigré d'origine irakienne, il souhaitait recevoir des programmes télévisés de son pays d'origine. Le propriétaire saisit le « Comité des loyers ». Celui-ci considéra que le risque que l'installation puisse causer un quelconque dommage était négligeable, le seul inconvénient résidant dans l'aspect esthétique. Le Comité de loyers conclut que l'intérêt qu'avaient les requérants à pouvoir regarder des programmes télévisés qui n'étaient accessibles par aucun autre moyen disponible l'emportait sur cette considération, et l'installation satellite ne pouvait donc pas être considérée comme contraire à l'obligation de maintenir les lieux en bon état d'entretien et de propreté et d'en user convenablement. Le propriétaire interjeta appel. La cour d'appel accueillit favorablement ce recours et ordonna l'expulsion du locataire non respectueux de la convention de bail signée.

L'affaire fut portée devant la Cour de Strasbourg. Dans un arrêt du 16 décembre 2008³⁴, elle considéra que la décision litigieuse avait méconnu l'article 10 de la Convention garantissant notamment le droit de recevoir des informations. La Cour a rappelé que les juges nationaux devaient appliquer les clauses contractuelles conformément à la Convention. Elle souligna que même si les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation, l'atteinte portée en l'espèce au droit du locataire à la liberté d'information n'était pas « nécessaire dans une société démocratique ».

La jurisprudence belge reconnaît un effet horizontal (direct ou indirect) aux dispositions de la C.E.D.H.³⁵.

³⁴ Cour eur. D.H., 16 décembre 2008, *Kurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède*, req. n° 23883/06.

³⁵ La Cour d'appel de Bruxelles jugea ainsi que l'obligation infligée à une personne de conclure un contrat d'arbitrage, et par conséquent de renoncer à son droit à un procès équitable, violait l'article 6 de la Convention (Bruxelles, 4 octobre 1993, *Journ. proc.*, 1993, n° 247, p. 25, obs. MATRAY; *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 605, obs. L. GOFFIN; *J.L.M.B.*, 1993, p. 1268).

Le Juge de paix de Roulers a par exemple jugé que la tâche d'un détective privé de photographier certaines femmes secrètement, sans que le commanditaire ne donne une raison d'ordre public, de bonnes mœurs ou de contrôle de la fidélité conjugale violait l'article 8 de la Convention: le contrat entre le détective et son client était par conséquent invalide (J.P. Roulers, 24 juin 1998, *J.J.P.*, 1998, p. 319).

Voy. aussi: Trib. trav. Bruges, 13 décembre 1993, *Chr. D.S.*, 1994, n° 2, p. 79, obs. P. HUMBLET (art. 2 Prot. n° 4 C.E.D.H.), *Z.W.*, 1994, p. 153; Bruxelles, 25 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 275 (art. 8 C.E.D.H.); Trib. Bruxelles, 23 novembre 1967, *J.T.*, 1967, p. 741 (art. 6 C.E.D.H.).

Voy. *contra*: C. trav. Gand, 9 mai 1979, *R.W.*, 1979-1980, p. 1460 (art. 8 C.E.D.H.); Civ. Bruxelles (4^e ch.), 23 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 114 (art. 9 C.E.D.H. et art. 2 du Premier protocole additionnel); Prés. Comm. Ypres, 21 décembre 1990, *T.B.H.*, 1991, p. 351, obs. A. DE CALUWÉ, *Jaarb. Handelspraktijken*, 1990, p. 537 (art. 10 C.E.D.H.).

V. Quant au recours

Les États contractants acceptent que l'exercice de leurs fonctions souveraines, notamment la fonction législative, puisse donner lieu à un contrôle par des organes européens indépendants.

La violation de la C.E.D.H. peut justifier un recours :

- *Devant la Cour européenne des droits de l'homme*
En vertu de la Convention, la compétence de la Cour européenne s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui sont soumises.
Ses arrêts servent non seulement à trancher les affaires dont elle est saisie, mais aussi à clarifier la portée des normes de la Convention.
Seuls les États contractants peuvent être mis en cause soit pour n'avoir pas respecté la convention soit pour avoir toléré impunément qu'un particulier viole des droits et libertés d'un autre particulier. Il serait alors poursuivi pour s'être abstenu d'avoir veillé à assurer effectivement la protection exigée par la Convention. Seul l'État peut donc être sanctionné d'avoir laissé un particulier violer la Convention.
L'article 35 de la Convention subordonne la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme à l'épuisement préalable des voies de recours internes (ce qui sous-entend l'organisation d'un recours interne effectif tel que prévu à l'article 13).
- *Devant les juridictions nationales*
Rappelons que les dispositions de la Convention sont directement applicables de sorte que tout justiciable peut se prévaloir de ces dispositions, le cas échéant, combinées aux dispositions de droit interne. Si le juge national venait à refuser de donner effet à ces dispositions, il viendrait à commettre une faute de nature à engager la responsabilité de l'État si les organes de contrôle européen venaient à connaître de l'affaire dans le cadre d'un recours.
L'inexécution par des particuliers des obligations imposées par la Convention est sanctionnable.
À dater du 1^{er} août 2018, la Cour de Strasbourg est habilitée à rendre des avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation et à l'application de la C.E.D.H. De tels avis pourront être uniquement sollicités dans le cadre d'affaires en cours par les hautes juridictions des États ayant signé et ratifié le Protocole n° 16. La Belgique n'a à ce jour ni signé, ni ratifié ce Protocole.
- *Devant la Cour de justice de l'Union européenne*, dans la mesure où les situations incriminées trouvent place dans la mise en œuvre du droit de l'Union³⁶.

³⁶ C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Rec.*, p. 1125, att. 4 à 20. La Cour y a précisé que « la sauvegarde des droits fondamentaux devait être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».

Dans l'arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, la Cour de Justice a considéré : « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique ou d'une pratique nationale qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité du droit communautaire »³⁷.

L'article 6, § 2, du Traité de l'Union européenne intègre les droits fondamentaux, garantis par la C.E.D.H. – que tous les États membres de l'Union européenne avaient ratifiée³⁸ – parmi les principes généraux que les instances de l'Union européenne doivent respecter. La lecture combinée de cet article et de l'article 46, *littera c*), de ce même Traité nous confirme que l'article 6 est parmi les règles dont la Cour de justice doit assurer le respect.

Avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voy. *infra*), la Cour avait veillé à incorporer les droits fondamentaux au droit communautaire sous les traits de principes généraux du droit³⁹.

Dans une affaire *Gestorias pro Amnistia*, la Cour a, dans un arrêt du 27 février 2007, précisé que « l'Union a été fondée sur le principe de l'État de droit et respecte les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire. Il s'ensuit que les institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec les Traités et les principes généraux du droit, de même que les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »⁴⁰.

Ainsi, à propos de la non-discrimination visée dans les Traités, la Cour a considéré qu'elle « n'était que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »⁴¹.

L'on peut affirmer que jusqu'à l'adoption du Traité de Lisbonne attribuant une force contraignante à la Charte des droits fondamentaux

³⁷ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77.

³⁸ Le traité sur l'Union européenne pose, en son article 2, une double condition pour qu'un pays obtienne le statut de candidat : être Européen et respecter les valeurs de l'Union. Parmi ces valeurs figure le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³⁹ J.-P. JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 87.

⁴⁰ C.J.C.E., 27 février 2007, *Gestorias pro Amnistia et al. c. Conseil*, C-354/04 P, *Rec.*, p. I-1579, note S. MARCIALI, « Le droit à un recours effectif en droit de l'Union européenne : quelques progrès, beaucoup d'ambiguïtés », *Rev. trim. dr. h.*, 72/2007, pp. 1153 et s.

⁴¹ Voy. entre autres C.J.C.E., 19 octobre 1977, *Moulin Pont-à-Mousson c. ONIC*, 124/76 et 20/77, *Rec.*, p. 1795, att. 16 et 17 ; C.J.C.E., 25 octobre 1978, *Royal Scholten-Honig c. Intervention Board for Agricultural Produce*, 103/77 et 145/77, *Rec.*, p. 2037, att. 26.

(voy. *infra*), les principes généraux de droit étaient la seule source formelle des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne.

§ 4. La Charte européenne des droits fondamentaux

I. Origine

Proclamée une première fois à Nice le 7 décembre 2000, puis officiellement adoptée dans sa version définitive par les présidents de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne le 12 décembre 2007, la Charte des droits fondamentaux a acquis une force juridique contraignante avec le Traité de Lisbonne.

Prenant assise sur la création prétorienne de la Cour de justice, cette Charte peut être considérée comme l'aboutissement textuel de l'insertion de la protection des droits de l'homme dans l'Union européenne.

L'article 51, § 1^{er}, de la Charte le précise très clairement : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁴². En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application. » Autrement exprimé, du fait de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'ensemble des compétences de l'Union européenne se trouve soumis au respect de la Charte et, consécutivement, au respect des droits fondamentaux.

Le préambule donne la précision suivante : « *La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.* »

La Charte réaffirme, au compte de l'Union européenne, que des droits qui ont déjà été affirmés en constituent incontestablement un ancrage juridique⁴³. Ainsi, la Charte affirme notamment le droit à la dignité humaine

⁴² Il est important de souligner que les Conventions internationales conclues par l'Union, comme la Convention ONU Handicap que l'Union a ratifiée, font partie de ses instruments légaux et priment les textes de droit dérivé. Ces textes doivent dès lors être interprétés conformément à ces Conventions, ce qui est également le cas pour la Convention ONU Handicap. La Cour, compétente pour les matières de droit dérivé, y veille.

⁴³ J. DHOMMEAUX, « La Charte européenne des droits fondamentaux, du principe aux principes », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, p. 340.

(art. 1^{er}), le droit à la vie (art. 2), le droit à la liberté et aux sûretés (art. 6), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 7), le droit à la protection des données à caractère personnel (art. 8), le droit de se marier et de fonder une famille (art. 9), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 10), la liberté d'expression et d'information (art. 11), la liberté de réunion et d'association (art. 12), la liberté des arts et des sciences (art. 13), le droit à l'éducation (art. 14), la liberté professionnelle et le droit de travailler (art. 15), la liberté d'entreprise (art. 16), le droit à la propriété (art. 17), le droit d'asile (art. 18), le droit à la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition (art. 19), l'égalité en droit (art. 20), le droit à la non-discrimination (art. 21), le droit à la diversité culturelle, religieuse et linguistique (art. 22), le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes (art. 23), le droit de l'enfant (art. 24), le droit des personnes âgées (art. 25) ainsi que le droit à l'intégration des personnes handicapées (art. 26).

L'article 6, § 2, du Traité de l'Union européenne intègre les droits fondamentaux, et notamment la C.E.D.H., parmi les règles que les instances de l'Union européenne doivent respecter⁴⁴.

Les interactions entre la Charte et la Convention sont régies par l'article 53, § 2, de la Charte :

« Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. »

II. Place de la Charte dans le droit belge

L'applicabilité de la Charte est conditionnée au droit de l'Union, à sa mise en œuvre au sein de l'ordre juridique interne.

⁴⁴ Art. 6 du Traité UE:

« 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

Encore faut-il clarifier ce qu'il y a lieu d'entendre par la mise en œuvre du droit européen. Ainsi, il y a mise en œuvre du droit européen :

- 1° lorsqu'un État membre prend des mesures nationales en vue de transposer et d'appliquer en droit interne des dispositions normatives⁴⁵ (prenons comme exemple la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité des produits défectueux transposant la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985) ou l'application d'un acte de l'Union à un particulier ;
- 2° lorsqu'un État membre utilise la faculté dont il dispose pour déroger à l'application du droit de l'Union⁴⁶ ;
- 3° lorsqu'il existe un lien substantiel avec le droit de l'Union⁴⁷.

Il a été jugé que ni l'article 332quinquies du Code civil relatif aux actions en recherche de paternité⁴⁸, ni les règles régissant la taxation d'un ressortissant belge par l'État belge à propos d'activités exercées en Belgique n'étaient une mise en œuvre du droit de l'Union ou ne présentaient un lien de rattachement avec le droit européen.

III. Titulaires des droits

Sont garanties par ces droits toutes les personnes, qu'elles soient ou non ressortissantes des États membres (exception faite du chapitre relatif à la citoyenneté européenne que nous n'aborderons pas dans cette contribution).

⁴⁵ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Credito* (SNEF), C-468/10, point 43 : « Il incombe aux États membres, lors de la transposition de la directive 95/46, de veiller à se fonder sur une interprétation de cette dernière qui leur permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits et libertés fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union » ; C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, *Rec.*, p. I-271, point 68 : « Il incombe aux États membres, lors des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui leur permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transpositions de ces directives, il incombe aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » ; dans le même sens : voy. C.J.C.E., 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, *Rec.*, p. I-12971, point 81 ; C.J.C.E., 26 juin 2007, *Ordre des Barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, *Rec.*, p. I-5305, e.a. point 28 ; C.J.U.E., 7 mai 2013 (ord.), *Åkerberg Fransson*, C-617/10, point 17.

⁴⁶ C.J.U.E., 30 avril 2014, *Pfleger*, C-390/12, points 34 et 35 :
« 34. Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux ne trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte (arrêt *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, point 21).

35. À cet égard, la Cour a déjà jugé que, lorsqu'un État membre invoque des raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation de services, cette justification, prévue par le droit de l'Union, doit être interprétée à la lumière des principes généraux de l'Union et notamment des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect (voir, en ce sens, arrêt *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, point 43). »

⁴⁷ C.J.U.E., 7 mars 2017, *X et X*, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173.

⁴⁸ Cass., 2 mars 2012, R.G. n° C.10.0685.F, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, pp. 712 et s., obs. J. Sosso, « L'équivoque de la possession d'État : une notion... équivoque ? ».

Par toute personne, il y a lieu d'entendre tant les personnes physiques que les personnes morales⁴⁹ (même si, à l'évidence, certains droits ne leur sont par essence pas applicables).

IV. Titulaires des obligations

La Charte s'applique aux institutions de l'Union et aux États membres dans la mesure où ils mettent en œuvre le droit européen.

Interpellée quant à une application horizontale de la Charte, la Cour de justice ne l'exclut pas d'office mais estime que, pour qu'un droit garanti par la Charte soit applicable à un litige entre particuliers, il doit être inconditionnel, précis et clair.

V. Quant au recours

– *Devant la Cour de justice de l'Union européenne*

La Cour de justice de l'Union européenne, compétente pour sanctionner toute violation de la Charte, veille à aligner sa jurisprudence sur celle de Strasbourg.

Au surplus, l'article 47, alinéa 1^{er}, prévoit que « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions du présent article ».

– *Devant les juridictions nationales*

Répondant à une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne précisa le rôle du juge national :

« S'agissant, en premier lieu du rôle du juge national lorsqu'il doit trancher un litige entre particuliers dans lequel il apparaît que la réglementation nationale en cause est contraire au droit de l'Union, la Cour a jugé que c'est aux juridictions nationales qu'il incombe d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables des dispositions du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci [...] en laissant au besoin inappliquée la disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe [...] »⁵⁰

Si une loi nationale viole la Charte, la juridiction nationale constatant soit que la norme de la Charte dont question est claire et précise, soit

⁴⁹ C.J.U.E., 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, point 59 : « Eu égard à l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de répondre à la question posée que le principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la Charte, doit être interprété en ce sens qu'il n'est pas exclu qu'il soit invoqué par des personnes morales et que l'aide octroyée en application de ce principe peut couvrir, notamment, la dispense du paiement de l'avance des frais d'une procédure et/ou de l'assistance d'un avocat. »

⁵⁰ C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, points 45, 50 et 51 ; voy. à propos de l'application de la Charte européenne des droits fondamentaux : C. trav. Bruxelles, 24 avril 2012, R.G. n° 2010/AB/913, <http://jure.juridat.just.fgov.be/>.

qu'elle a déjà été clarifiée par la Cour de justice de l'Union européenne, est tenue d'écarter de sa propre initiative la disposition de droit interne contraire. S'il est possible d'interpréter une disposition nationale d'au moins deux manières, la juridiction nationale doit interpréter cette disposition de manière conforme à la Charte.

§ 5. La Convention relative aux droits des personnes handicapées

I. Origine

Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme jusqu'à la Charte européenne des droits fondamentaux, il est proclamé que « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune ».

Qu'en est-il réellement pour les personnes victimes d'une atteinte à leur intégrité physique et/ou psychique, sachant que parmi elles, beaucoup rencontrent des difficultés notamment pour accomplir les simples tâches du quotidien, accéder à une autonomie et à une indépendance, fonder une famille, poursuivre des études ou obtenir un emploi? Lorsque leur intégration est abordée, un malaise persistant est perceptible.

La Convention relative aux droits des personnes handicapées a été adoptée le 13 décembre 2006 au siège de l'Organisation des Nations Unies à New York et a été ouverte à la signature le 30 mars 2007. Elle est entrée en vigueur le 3 mai 2008. Au 14 décembre 2014, 159 pays l'ont signée, et 151 pays l'ont ratifiée.

La Convention n'a pas pour objectif de conférer de nouveaux droits humains aux personnes handicapées : elle a pour finalité première de clarifier les droits humains existants sans créer de nouvelles règles juridiques. Elle affirme le droit des personnes handicapées à la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité avec les autres.

La Convention dégage huit grands principes :

- 1° le respect de la dignité intrinsèque, de l'autonomie individuelle, y compris la liberté de faire ses propres choix, et de l'indépendance des personnes ;
- 2° la non-discrimination ;
- 3° la participation et l'intégration pleines et effectives à la société ;
- 4° le respect de la différence et l'acceptation des personnes handicapées comme faisant partie de la diversité humaine et de l'humanité ;
- 5° l'égalité des chances ;
- 6° l'accessibilité ;
- 7° l'égalité entre les hommes et les femmes ;
- 8° le respect du développement des capacités de l'enfant handicapé et le respect du droit des enfants handicapés à préserver leur identité.

Les déclinant dans quelque 170 articles, la Convention aborde ces droits et libertés des personnes handicapées dans de nombreux domaines de la vie.

La Convention relative aux droits des personnes handicapées affirme que ces droits civils et politiques, d'une part, économiques, sociaux et culturels, d'autre part, qui habituellement sont distingués, présentent un caractère « universel, indivisible, interdépendant et indissociable »⁵¹.

Un apport considérable de la Convention réside en une nouvelle définition du handicap. Ainsi, « par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont *l'interaction avec diverses barrières* peut faire obstacle à leur *pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres* »⁵².

Cette définition interactive ne présente plus uniquement le handicap comme un élément médical propre à la personne. Elle prend en compte les obstacles qui sont dus à l'organisation de la société (à l'environnement)⁵³. C'est ce que l'on appelle le passage du « modèle médical » au « modèle social » du handicap. En effet, « l'expérience montre que c'est dans une large mesure, l'environnement qui détermine les conséquences d'une déficience ou d'une invalidité sur la vie quotidienne d'un individu. Une personne est handicapée lorsqu'elle ne peut pas profiter des services offerts à l'ensemble de la communauté dans les domaines essentiels de la vie : vie familiale, enseignement, emploi, logement, sécurité financière et personnelle, participation aux activités de groupes sociaux et politiques, activités religieuses, relations intimes et sexuelles, accès aux installations publiques, liberté de mouvement et vie quotidienne en général »⁵⁴.

De plus, la Convention prend en compte les besoins spécifiques des personnes en situation de handicap et stipule ce que l'État partie à la Convention s'engage à mettre en place pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* de ces personnes sur la base de l'égalité avec les autres.

⁵¹ Considérant c) du préambule à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 13 décembre 2006.

⁵² Art. 1^{er}, § 2, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Voy. également le considérant e) du préambule.

⁵³ À ce propos, voy. I. LUTTE, « La victime face à son dommage : accoutumance ou adaptation ? », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, sous la direction d'Isabelle Lutte, Limal, Anthemis, 2016, pp. 109-134.

⁵⁴ International Classification of Impairments and Handicaps (ICIH), OMS, Genève, 1982, définition du terme « égalisation des chances »; M. BLATMAN, *Étude de l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (Synthèse), Rapport au Défenseur des droits*, décembre 2016, p. 108. Aussi, le handicap est parfois décrit en termes de pathologie de la société, c'est-à-dire le résultat d'une incapacité de la société à être inclusive et à accueillir les différences.

II. Place dans le droit belge

La Belgique a signé la Convention le 30 mars 2007 et ratifié celle-ci le 2 juillet 2009. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} août 2009 au niveau national⁵⁵. La Convention fait donc partie de l'ordre juridique national.

Certaines dispositions ont un effet direct⁵⁶. Il s'agit *notamment* de l'article 5, alinéas 1^{er} et 2 (droit à l'égalité et droit à la non-discrimination), de l'article 10 (droit à la vie), de l'article 7, alinéa 3 (droit de l'enfant handicapé à exprimer librement son opinion), de l'article 12 (reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité), de l'article 15 (droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), de l'article 17 (protection de l'intégrité physique et mentale), de l'article 18 (droit de circuler librement et d'acquérir une nationalité), de l'article 22 (respect de la vie privée), de l'article 23, alinéa 1^{er} (droit de la personne handicapée à la conservation de sa fertilité), de l'article 27, alinéa 1^{er}, a) à i) (travail et emploi), et de l'article 27, alinéa 2 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé).

Certaines dispositions telles que les articles 5, alinéa 4, et 24, alinéa 2, c (aménagement raisonnable), l'article 12, alinéa 2 (jouissance de la capacité juridique), l'article 24, alinéa 1^{er} (droit à l'éducation), l'article 29 (droit à la participation à la vie politique et à la vie publique) pourraient avoir un effet direct par analogie (voy. *infra*).

Par ailleurs, la Convention relative aux droits des personnes handicapées est le premier (et, à ce jour, unique) traité international sur les droits de l'homme ratifié par l'Union européenne. Il en résulte que cette Convention est une partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne ayant la primauté sur les instruments de droit dérivé⁵⁷ et s'impose à la Belgique en sa qualité d'État membre lors de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne.

III. Le handicap et sa définition

La notion de handicap a évolué à un point tel qu'aujourd'hui le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres⁵⁸. Autre-

⁵⁵ Loi du 13 mai 2009 portant assentiment aux Actes internationaux suivants: Convention relative aux droits des personnes handicapées, Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptés à New York le 13 décembre 2006, M.B., 22 juillet 2009.

⁵⁶ M. BLATMAN, *Étude de l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (Synthèse)*, Rapport au Défenseur des droits, décembre 2016.

⁵⁷ C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222, points 29 et 30; C.J.U.E., 18 mars 2014, Z, C-363/12, point 73; C.J.U.E., 22 mai 2014, *Glatzel*, C-356/12, § 68.

⁵⁸ Considérant e) de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

ment dit, la notion de « handicap » se distingue de celle de « maladie » ou de « traumatisme »⁵⁹.

Ainsi défini, le handicap touche plus de 70 millions de personnes dans l'Union européenne, soit près d'une personne sur six. Il a été démontré que l'accès au marché du travail des personnes souffrant d'un handicap représente 58,5 %, contre 80,5 % chez les personnes non handicapées, sachant que certains groupes sont confrontés à des discriminations supplémentaires en fonction du type de handicap⁶⁰. Ainsi, 75 % des personnes souffrant de handicaps graves n'ont pas la possibilité de participer pleinement au marché du travail⁶¹.

Le handicap est une notion autonome relevant du droit européen⁶². La Cour de justice a précisé, à l'occasion de différents arrêts, les composantes de cette notion.

Premièrement, les causes des atteintes et limitations sont totalement indifférentes⁶³. Le handicap peut être de nature congénitale, résulter d'un accident ou d'une maladie, « voire uniquement la conséquence du vieillissement de la personne »⁶⁴. La cause de ces atteintes n'est pas le handicap. Ainsi, ni l'absence d'utérus⁶⁵, ni l'obésité⁶⁶ ne sont constitutives en soi d'un handicap.

⁵⁹ J.-Fr. NEVEN, « Le droit européen de la non-discrimination: un impact décisif en faveur d'une obligation généralisée de reclassement professionnel? », in *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptes*, Limal, Anthemis, 2013, p. 54.

⁶⁰ COMMISSION DE L'EMPLOI ET DES AFFAIRES SOCIALES, Rapport sur la mise en œuvre de la stratégie européenne en faveur des personnes handicapées (2017/2127(INI)), 30 octobre 2017, considérant T.

⁶¹ COMMISSION DE L'EMPLOI ET DES AFFAIRES SOCIALES, Rapport précité, considérant AC.

⁶² Voy. en ce sens: C.J.U.E., 11 juillet 2006, *Sonia Chacon Navas*, C-13/05.

⁶³ C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11, conclusions de l'Avocat général, point 46: « Peu importe aux fins de la définition du handicap, que cette atteinte ait pour origine une maladie; la seule question décisive est de savoir si la limitation est de longue durée. »

⁶⁴ J.-Fr. NEVEN, « Le droit européen de la non-discrimination: un impact décisif en faveur d'une obligation généralisée de reclassement professionnel? », *op. cit.*, p. 54.

⁶⁵ C.J.U.E., 18 mars 2014, *Z*, C-363/12. *Madame Z.*, une mère commanditaire ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, fut confrontée au refus de son employeur de lui accorder un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption à la suite de la naissance de cet enfant. Elle estima faire l'objet d'un traitement discriminatoire fondé sur le sexe, sur le statut familial et sur le handicap, que le *Government department* avait omis de lui accorder des aménagements raisonnables en tant que personne handicapée. La Cour de justice a considéré que l'affection dont souffre Mme Z. n'avait pas entraîné par elle-même une impossibilité, pour l'intéressée, d'accomplir son travail ou constitué une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle.

⁶⁶ C.J.U.E., 18 novembre 2014, *FOA c. KL*, C-354/13, *J.T.T.*, 2015, p. 113. Si, dans des circonstances données, l'état d'obésité du travailleur entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de cette personne à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, un tel état relève de la notion de « handicap ».

Trib. trav. Liège, 20 juin 2016, *Nj.W.*, 2017, n° 362, p. 366, note M. VANHEGEN. Un homme pose sa candidature par rapport à l'enseignement de la conduite pratique, étant détenteur du brevet d'aptitude professionnelle. Sa candidature s'est ensuivie par un entretien d'embauche. L'homme fut informé par courriel que son profil physique ne convenait pas au recruteur qui l'invitait à « perdre du poids ». Le recruteur considérait son état d'obésité comme un handicap pour le travail. Une telle situation posait la question d'une discrimination fondée sur deux critères protégés (le handicap et à tout le moins la caractéristique

Deuxièmement, il n'est pas exigé que les atteintes et limitations présentent un caractère définitif⁶⁷. Si, à l'évidence, une personne souffrant d'une incapacité permanente, qu'elle soit personnelle, ménagère ou économique, souffre d'un handicap tel que défini par le droit des Nations Unies et le droit de l'Union européenne, un tel handicap peut aussi exister même si l'état de santé est susceptible d'évolution (prenons l'exemple de l'incapacité temporaire) mais pour autant que la limitation de la capacité soit durable.

Troisièmement, il n'est pas davantage requis que le handicap doive atteindre un certain seuil de gravité⁶⁸. Autrement dit, les limitations constitutives du handicap ne doivent pas nécessairement être importantes ou substantielles. Une gêne à l'exercice d'une activité sociale ou professionnelle peut suffire. Ainsi, il a été jugé que « la circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à ce que l'état de santé de cette personne relève de la notion de handicap »⁶⁹. Le handicap est compatible avec le travail à temps partiel : il n'est pas requis l'exclusion totale du marché du travail ou de la vie professionnelle⁷⁰.

Quatrièmement, la limitation de la capacité est durable. La Convention ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par caractère durable. Que recouvre la notion de « limitation durable » lorsque l'on sait que l'incapacité même temporaire affectant une personne peut avoir une telle caractéristique ?

Par un arrêt prononcé le 1^{er} décembre 2016, la Cour de justice a eu à connaître des circonstances ayant entouré le licenciement de Monsieur Daouidi⁷¹. Elle souligna que la notion de « limitation durable de la capacité » doit recevoir une interprétation uniforme et autonome.

Le 17 avril 2014, Monsieur Daouidi a été engagé par Bootes Plus pour travailler en qualité d'aide-cuisinier dans l'un des restaurants d'un hôtel situé à Barcelone (Espagne). Le 3 octobre 2014, Monsieur Daouidi glissa sur le sol de

physique). L'auto-école ne put démontrer avoir accompli la moindre recherche d'aménagement raisonnable; elle se contenta de préciser *a posteriori* qu'elle y avait bien réfléchi et tenta d'établir *a posteriori* que ces aménagements nécessaires n'étaient pas raisonnables. L'aménagement matériel (l'achat d'un véhicule plus grand et pas nécessairement le renouvellement de toute la flotte comme l'envisageait la partie défenderesse pour évaluer le coût de cet aménagement par rapport à sa situation financière) n'est pas le seul aménagement possible : un travail en apprentissage théorique pouvait s'envisager dans un délai très proche tout comme le choix d'élèves de corpulence normale pour ce moniteur. Le tribunal rappela que la notion d'aménagement raisonnable ne se limite pas à un aménagement matériel du poste de travail et notamment un aménagement ergonomique.

⁶⁷ C.J.U.E., 11 avril 2013, *HK Danmark*, C-335/11 et C-337/11, où la Cour retient que la limitation à la pleine et effective participation de la personne concernée peut découler d'une « maladie curable ou incurable », admettant ainsi le caractère potentiellement temporaire du handicap.

⁶⁸ Arrêt *HK Danmark*, précité. L'Avocat général, dans ses conclusions précédant cet arrêt, précise, à propos de la gravité du handicap, que « Le libellé de la directive 2000/78 ne contient aucun élément qui permettrait de limiter son champ d'application à un certain degré de gravité ».

⁶⁹ Arrêt *HK Danmark*, précité.

⁷⁰ Arrêt *HK Danmark*, précité.

⁷¹ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2016, *Daouidi c. Bootes Plus*, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917.

la cuisine du restaurant dans lequel il travaillait, ce qui lui a causé une luxation du coude gauche, lequel a dû être plâtré. Monsieur Daouidi a engagé le même jour la procédure visant à faire reconnaître son incapacité temporaire de travail. Deux semaines après cet accident du travail, le chef de cuisine a contacté Monsieur Daouidi pour s'enquérir de son état de santé et exprimer son inquiétude quant à la durée de sa suspension. Monsieur Daouidi lui a répondu qu'il ne pourrait pas réintégrer son emploi dans l'immédiat. Le 26 novembre 2014, alors qu'il était encore en situation d'incapacité temporaire de travail, Monsieur Daouidi a reçu de son employeur un avis de licenciement avec effet immédiat lui précisant notamment qu'il ne répondait pas aux attentes de l'entreprise et n'avait pas atteint le rendement adéquat dans l'accomplissement des tâches qui lui avaient été confiées.

Le 23 décembre 2014, Monsieur Daouidi a saisi le Juzgado de lo Social n° 33 de Barcelona (tribunal du travail n° 33 de Barcelone, Espagne) d'un recours visant, à titre principal, à faire valoir que son licenciement serait discriminatoire au motif qu'il avait pour cause réelle l'incapacité temporaire résultant de son accident du travail et que, notamment, il relèverait ainsi de la notion de « handicap », au sens de la directive 2000/78/CE⁷².

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice répondit en ces termes :

« 40. À cet égard, il convient de rappeler que *l'Union a approuvé la convention de l'ONU sur le handicap par la décision 2010/48. Par conséquent, les dispositions de cette convention font partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celle-ci, de l'ordre juridique de l'Union* (voir arrêt du 18 mars 2014, *Z.*, C363/12, EU:C:2014:159, point 73 et jurisprudence citée). Par ailleurs, il ressort de l'appendice à l'annexe II de ladite décision que, concernant l'autonomie et l'inclusion sociale, le travail et l'emploi, *la directive 2000/78 figure parmi les actes de l'Union ayant trait aux questions régies par cette convention.*

41. *Il s'ensuit que ladite convention peut être invoquée aux fins d'interpréter cette directive, laquelle doit faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à la même convention* (voir arrêts du 11 avril 2013, *HK Danmark*, C335/11 et C337/11, EU:C:2013:222, point 32, ainsi que du 18 mars 2014, *Z.*, C363/12, EU:C:2014:159, point 75).

42. *C'est la raison pour laquelle, à la suite de la ratification par l'Union de la convention de l'ONU, la Cour a considéré que la notion de "handicap", au sens de la directive 2000/78, doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie profes-*

⁷² Voy. aussi arrêt *HK Danmark*, précité.

sionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs (voir arrêts du 11 avril 2013, *HK Danmark*, C335/11 et C337/11, EU:C:2013:222, point 38 ; du 18 mars 2014, *Z.*, C363/12, EU:C:2014:159, point 76, ainsi que du 18 décembre 2014, *FOA*, C354/13, EU:C:2014:2463, point 53).

[...]

44. Il convient d'ajouter que ladite directive *couvre notamment les handicapés d'origine accidentelle* (voir, en ce sens, arrêt du 11 avril 2013, *HK Danmark*, C335/11 et C337/11, EU:C:2013:222, point 40).

45. *Dès lors, si un accident entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs et si cette limitation est de longue durée, celle-ci peut relever de la notion de "handicap", au sens de la directive 2000/78* (voir, par analogie, arrêt du 11 avril 2013, *HK Danmark*, C335/11 et C337/11, EU:C:2013:222, point 41).

46. En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que M. Daouidi a été victime d'un accident du travail et qu'il s'est luxé le coude gauche, lequel a dû être plâtré. Il y a lieu de constater que, en principe, un tel état physique est réversible.

47. La juridiction de renvoi précise que, à la date de l'audience devant elle dans l'affaire au principal, à savoir six mois environ après cet accident du travail, le coude de M. Daouidi était toujours plâtré et que ce dernier n'était donc pas en mesure d'exercer son activité professionnelle.

48. Dans ces conditions, il est constant que M. Daouidi a subi une limitation de sa capacité, résultant d'une atteinte physique. Dès lors, afin de déterminer si M. Daouidi peut être considéré comme étant une "personne handicapée", au sens de la directive 2000/78, et relever ainsi du champ d'application de cette directive, il convient d'examiner si cette limitation de sa capacité, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, est "durable", au sens de la jurisprudence citée au point 42 du présent arrêt.

49. *La convention de l'ONU ne définit pas la notion du caractère "durable" d'une incapacité physique, mentale, intellectuelle ou sensorielle. La directive 2000/78 ne définit pas la notion de "handicap" ni n'énonce celle de limitation "durable" de la capacité de la personne, au sens de ladite notion.*

50. Or, selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de

l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (voir, notamment, arrêts du 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, EU:C:1984:11, point 11, et du 16 juin 2016, *Pebros Servizi*, C511/14, EU:C:2016:448, point 36).

51. En l'absence d'un tel renvoi exprès au droit des États membres, la notion de limitation "durable" de la capacité de la personne, au sens de *la notion du "handicap" visée par la directive 2000/78, doit donc faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme.*

52. Il en résulte que le fait que M. Daouidi relève du régime juridique de l'incapacité "temporaire" de travail, au sens du droit espagnol, n'est pas de nature à exclure la qualification de la limitation de la capacité de celui-ci comme étant "durable", au sens de la directive 2000/78, lue à la lumière de la convention de l'ONU.

53. Par ailleurs, *le caractère "durable" de la limitation doit être examiné au regard de l'état d'incapacité, en tant que tel, de la personne concernée à la date à laquelle l'acte prétendument discriminatoire à l'encontre de celle-ci est adopté* (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C13/05, EU:C:2006:456, point 29).

54. S'agissant de la notion de caractère "durable" d'une limitation dans le contexte de l'article 1^{er} de la directive 2000/78 et de l'objectif poursuivi par cette directive, il importe de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, l'importance accordée par le législateur de l'Union aux mesures destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap démontre qu'il a envisagé des hypothèses dans lesquelles la participation à la vie professionnelle est entravée pendant une longue période (voir arrêt du 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C13/05, EU:C:2006:456, point 45).

55. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la limitation de la capacité de la personne concernée possède ou non un caractère "durable", *une telle appréciation étant avant tout de nature factuelle.*

56. Parmi les indices permettant de considérer qu'une limitation est "durable", figurent notamment le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ou, ainsi que l'a relevé en substance M. l'avocat général au point 47 de ses conclusions, le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne.

57. Dans le cadre de la vérification du caractère "durable" de la limitation de la capacité de la personne concernée, la juridiction

de renvoi doit se fonder sur l'ensemble des éléments objectifs dont elle dispose, en particulier sur des documents et des certificats relatifs à l'état de cette personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles.

58. Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion que la limitation de la capacité de M. Daouidi est "durable", il y a lieu de rappeler qu'un traitement désavantageux fondé sur le handicap ne va à l'encontre de la protection visée par la directive 2000/78 que pour autant qu'il constitue une discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de celle-ci (voir arrêts du 11 juillet 2006, *Chacón Navas*, C13/05, EU:C:2006:456, point 48, ainsi que du 11 avril 2013, *HK Danmark*, C335/11 et C337/11, EU:C:2013:222, point 71).»

La Cour n'a pu donner une réponse plus précise quant à la qualification de durable vu que «la décision de renvoi ne contient, notamment, aucun pronostic quant à l'éventuel rétablissement, complet ou non, de M. Daouidi ou d'informations sur les éventuelles séquelles ou les conséquences qu'aura cet accident sur la réalisation des tâches pour lesquelles il a été recruté»⁷³.

Il ressort de cet arrêt que sont des indices possibles du caractère durable de la limitation :

- 1° le fait qu'à la date de l'acte litigieux, l'incapacité de la personne ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement à court terme ;
- 2° le fait que l'incapacité est susceptible de se prolonger significativement.

Cet arrêt a aussi le mérite d'illustrer le fait que la notion de handicap en droit européen est interprétée, selon la méthode de la lecture combinée, conformément à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées.

IV. Le concept juridique de l'aménagement raisonnable

Considérant que le handicap résulte d'obstacles empêchant les personnes de participer pleinement à la vie en société, le remède au handicap consiste à prévenir et à éliminer ces obstacles. C'est dans ce contexte que le concept d'aménagement raisonnable est apparu dans de nombreux textes normatifs.

- La *Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées* précise en son article 2 ce qu'il y a lieu d'entendre par aménagement raisonnable. Il s'agit des « modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les

⁷³ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2016, *Daouidi c. Bootes Plus*, C-395/15, point 66.

autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales». Le refus d'aménagement raisonnable est décrit comme constituant une discrimination fondée sur le handicap.

- La *directive 2000/78/CE*⁷⁴ a introduit le principe d'égalité de traitement dans l'emploi et le travail et interdit la discrimination sur la base notamment du handicap. Une des innovations les plus significatives de la directive est l'obligation pour les employeurs de mettre en place des *aménagements raisonnables* pour les personnes handicapées. Cette obligation signifie que l'employeur doit prendre les mesures appropriées pour permettre à une personne handicapée, qui dispose de la qualification requise pour le travail, d'accéder à un emploi, de l'exercer, d'y progresser ou de bénéficier de formations.

Le vingtième considérant de la directive 2000/78/CE donne quelques exemples de mesures appropriées, «c'est-à-dire, des mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap, par exemple en procédant à un aménagement des locaux ou à une adaptation des équipements, des rythmes de travail, de la répartition des tâches ou de l'offre de moyens de formation ou d'encadrement». Ainsi, l'aménagement peut être diversifié et doit être adapté à la situation concrète de la personne handicapée.

- La *loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* a transposé dans le droit belge la directive 2000/78/CE et remplacé l'ancienne loi anti-discrimination du 25 février 2003. Elle est entrée en vigueur le 9 juin 2007.

Si le champ d'application de la législation belge inclut le domaine de l'emploi⁷⁵, il n'y est pas restreint. Elle interdit toute discrimination directe ou indirecte en ce qui concerne notamment l'accès et la fourniture de biens et services, la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé, les avantages sociaux, l'emploi et la participation aux activités économiques, sociales, culturelles et politiques⁷⁶.

L'article 4, 12°, de la loi définit l'aménagement raisonnable en ces termes: «mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est com-

⁷⁴ 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, *J.O.*, n° L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16-22.

⁷⁵ Prés. Trib. trav. Bruges, 10 décembre 2013, R.G. nos 12/25.521/A et 12/2596/A, *Chr. D.S.*, 2014, n° 7, p. 339; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2014, n° 2, p. 156. L'employeur ne peut justifier une discrimination en raison d'une caractéristique physique ou génétique ou en raison d'un handicap, par la volonté de répondre aux souhaits des autres travailleurs ou de la clientèle.

⁷⁶ C. trav. Gand (7^e ch.), 17 décembre 2014, R.G. n° 2013/AG/202, *J.T.T.*, 2015, n° 1210, p. 83; *Chr. D.S.*, 2016 (sommaire), n° 4, p. 179.

pensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées.»

Observons que la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination prévoit en outre un glissement de la charge de la preuve lorsqu'une personne victime de discrimination invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une telle discrimination. Il revient dès lors à la partie adverse de montrer l'absence de toute discrimination.

Ainsi, se conformant à l'interprétation européenne de la notion d'aménagement raisonnable, le Tribunal du travail de Louvain a rendu un jugement le 22 janvier 2015 condamnant un employeur ayant refusé une réduction du temps de travail. Un travailleur souffrant de sclérose en plaques avait sollicité auprès du VDAB (*Vlaamse dienst voor arbeidsbemiddeling*) la reconnaissance de son handicap afin que l'employeur puisse obtenir une intervention financière dans le salaire (VOP – *Vlaamse Ondersteuningspremie*). Le travailleur demandait une diminution de son temps de travail qui pouvait être compensée par cette VOP. L'employeur refusa et proposa la signature d'un nouveau contrat de travail avec un crédit-temps. La veille du début de ce contrat, l'employé fut licencié. Le tribunal du travail estima qu'une diminution du temps de travail était un aménagement raisonnable pour un travailleur qui, souffrant d'une sclérose en plaques, est confronté à des périodes de grande fatigue ou d'épuisement. Le refus de l'employeur équivalait au refus d'un aménagement raisonnable. Conformément à l'article 14, le refus d'un tel aménagement constitue une forme de discrimination interdite par la loi.

La Cour de travail de Bruxelles appliqua le même raisonnement, considérant que le licenciement en réaction à une demande de réinsertion doit être considéré comme un refus d'aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée⁷⁷.

Une professeure de cours de techniques d'assistant en pharmacie se déplace, en raison de son état de santé, en voiturette. Compte tenu d'une infrastructure inadéquate de l'établissement scolaire où elle fut réaffectée, elle fut « condamnée » par le pouvoir organisateur à ne plus pouvoir exercer sa profession. Cette professeure rappelait pourtant que « bien qu'étant handicapée, elle conserve toutefois pleinement sur le plan intellectuel la possibilité d'exercer son métier d'enseignante ». Cette professeure avait à maintes reprises demandé des aménagements raisonnables. Par un arrêt du 8 novembre 2013, le Conseil d'État annula la décision de réaffectation litigieuse au motif que « la décision

⁷⁷ C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 24 juin 2016, n° 2015/AB/920, *J.T.T.*, 2017, n° 1268, p. 65. Le cas soumis à la cour du travail concernait les conditions ayant entouré le licenciement d'une puéricultrice. Celle-ci s'était blessée à l'épaule et souffrait d'une lésion qui l'empêchait de participer à certaines activités. Elle avait adressé un courrier à son employeur afin de demander une réintégration dans la crèche. La réaction de l'employeur consista en un préavis pour raisons médicales car il n'y avait pas de travail adapté disponible.

de réaffectation prise par l'acte attaqué n'a pas été précédée d'un réel examen de la situation concrète de la requérante et plus particulièrement des recommandations liées à son handicap ; qu'il résulte des considérations qui précèdent que [...] la réaffectation contestée revient à refuser à une personne handicapée l'aménagement raisonnable dont elle demande la mise en place»⁷⁸.

V. Titulaires des droits

La Convention vise à protéger les personnes atteintes d'un handicap « durable »⁷⁹.

Soulignons que la Cour de justice de l'Union européenne a consacré le concept de discrimination par association. L'affaire qui lui était soumise concernait les conditions ayant entouré le licenciement de Madame Coleman. Cette dame, qui travaillait dans un cabinet d'avocats à Londres, a donné naissance en 2002 à un enfant handicapé, dont l'état de santé exigeait des soins spécialisés et particuliers dispensés essentiellement par elle. Madame Coleman saisit l'*Employment Tribunal* estimant avoir été victime d'un licenciement implicite et d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres employés de son ancien employeur en raison du fait qu'elle avait la charge principale d'un enfant handicapé.

Dans un arrêt prononcé le 17 juillet 2008, la Cour de justice considéra que l'interdiction de discrimination directe n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe fondée sur un handicap⁸⁰.

Le Tribunal du travail de Louvain appliqua ce concept dans un jugement du 12 décembre 2013⁸¹. Un travailleur, apprécié de son employeur et de ses collègues, avait informé par courriel son employeur et ses collègues de ce que sa fille nouveau-née était atteinte d'une affection rare et grave pouvant donner lieu à des problèmes de santé ou à un handicap. Le lendemain, de façon inattendue, l'employeur avait licencié ce travailleur au motif qu'il ne répondait plus au profil souhaité. Le tribunal releva le *timing* étroit entre des prestations de travail appréciées et l'envoi du préavis le lendemain de l'annonce de l'état de santé préoccupant de l'enfant. Il conclut que ce licenciement constituait une

⁷⁸ C.E., 8 novembre 2013, L. C., n° 225.413.

⁷⁹ J.-Fr. NEVEN, « Le droit européen de la non-discrimination : un impact décisif en faveur d'une obligation généralisée de reclassement professionnel ? », *op. cit.*, p. 54.

⁸⁰ C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415.

⁸¹ Trib. trav. Louvain (1^{er} ch. B), 12 décembre 2013, R.G. n° 12/1064/A, *Chr. D.S.*, 2014, n° 7, p. 344.

discrimination fondée sur le handicap, même si le travailleur n'était pas lui-même la personne handicapée.

VI. Titulaires des obligations

La Convention relative aux droits des personnes handicapées lie pleinement, d'une part, les États contractants, d'autre part, l'Union et ses États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

À propos de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union », nous nous référons aux observations émises à propos du champ d'application de la Charte européenne des droits fondamentaux.

VII. Quant au recours

La violation de la Convention relative aux droits des personnes handicapées peut être invoquée devant la Cour de justice de l'Union européenne et devant les juridictions nationales.

§ 6. La Constitution

I. Origine

La Constitution est l'assise juridique de l'État. Elle en fixe le statut, l'organisation et le fonctionnement.

D'autres normes considérées comme matériellement constitutionnelles (telles que les lois spéciales) et certains principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle (tels que notamment la séparation des pouvoirs, l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'État de droit, la présomption d'innocence du prévenu, l'interdiction de l'abus de droit) viennent la compléter pour former le droit constitutionnel.

La Constitution apporte une protection particulière en reconnaissant des droits tels que l'égalité, l'absence de discrimination, le droit à la propriété, le droit à l'éducation...

II. Place dans le droit belge

La question de la place de la Constitution au sein de l'ordre juridique interne peut paraître incongrue.

Il importe cependant de déterminer s'il existe une primauté de la Constitution sur le droit international ou si davantage le droit international s'imposant à la Belgique a une primauté sur la Constitution belge.

Soulignons d'emblée que la nature des rapports unissant la Constitution et le droit international reste fort débattue par la doctrine⁸².

⁸² Voy. entre autres L. VANCRAVEBECK, « Le conflit traité-Constitution », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, sous la direction de Sébastien Van Drooghenbroeck,

A. *Position de la Cour de justice de l'Union européenne*

Affirmer la primauté du droit de l'Union européenne signifie que les règles et les actes de droit national ne peuvent contredire les règles de droit européen. En cas de conflit, ce sont les normes de droit européen qui s'appliquent et doivent être respectées. L'application de ce principe conduit dès lors à écarter une norme nationale au profit d'une norme européenne.

La Cour de justice de l'Union européenne a pu à maintes occasions confirmer la primauté du droit de l'Union européenne, tant primaire que dérivé, sur le droit national, y compris constitutionnel.

La Cour de justice de l'Union européenne (alors dénommée Cour de justice des Communautés européennes) précisa dans un arrêt du 17 décembre 1970⁸³ :

« Attendu que le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire ;

Que la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire ;

Qu'en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ;

Que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État. »

La primauté du droit de l'Union est justifiée par l'unité et l'efficacité du droit de l'Union au sein des États membres.

Cette primauté fut rappelée lors de l'adoption du Traité de Lisbonne :

« La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence.

coll. Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 282-293; Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs entre la Constitution et le droit international ou européen dans l'ordre interne. À l'aune des relations entre ordres juridiques primaires », *R.B.D.I.*, 2012/2, pp. 360; M. MELCHIOR, « Considérations face au conflit entre droit interne et droit international », in *En hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1015 à 1026.

⁸³ C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Rec.*, p. 1125, point 3.; voy. aussi C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, 6/64, *Rec.*, p. 1141; C.J.C.E., 11 janvier 2000, *Kreil*, C-285/98, *Rec.*, 2000, p. I-69.

En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent Acte final l'avis du Service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260) :

«Avis du Service juridique du Conseil du 22 juin 2007. Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, *Costa contre ENEL* (1)), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice». »⁸⁴

B. *Position de la Cour de cassation*

En consacrant, par son arrêt *Le Ski* prononcé le 27 mai 1971⁸⁵, le principe général de la primauté des normes des traités directement applicables dans l'ordre juridique interne, la Cour de cassation s'est exprimée en ces termes :

«Attendu que lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international.»

La primauté reconnue à la norme du traité confère aux juridictions judiciaires et administratives le pouvoir et le devoir d'écarter l'application de la norme constitutionnelle en déclarant que les effets de celle-ci sont arrêtés dans la mesure où elle est incompatible avec la norme du traité.

⁸⁴ Déclarations annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 – A. Déclarations relatives à des dispositions des traités, 17. Déclaration relative à la primauté, *J.O.*, n° C 115 du 9 mai 2008, p. 344.

⁸⁵ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, p. 886 ; voy. aussi Cass., 13 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 65 : « la prééminence [de la règle du traité] résulte de la nature même du droit international conventionnel, et non pas de la Constitution » ; Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 : « [...] la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution » ; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1802 : « Attendu qu'une convention ayant un effet direct prime la Constitution ; que lorsque la Constitution, comme en l'espèce, ne pose pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un contrôle de la loi à la lumière de la convention suffit et un contrôle ultérieur de la loi à la lumière de la Constitution est sans pertinence » ; voy. aussi Cass., 1^{er} juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1274 ; Cass., 10 juin 2009, R.G. n° P.09.0547.F, www.juridat.be : « En raison de l'autorité de la chose interprétée qui s'attache actuellement à l'arrêt du 13 janvier 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme et de la primauté, sur le droit interne, de la règle de droit international issue d'un traité ratifié par la Belgique, la Cour de cassation doit rejeter l'application des articles 342 et 348 du Code d'instruction criminelle en tant qu'ils consacrent la règle, aujourd'hui condamnée par la Cour européenne, suivant laquelle la déclaration du jury n'est pas motivée. »

C. *Position du Conseil d'État*

Le Conseil d'État, en sa section du contentieux administratif, s'est prononcé en faveur de la primauté du droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne sur la Constitution.

Dans différents arrêts⁸⁶, le Conseil d'État considéra :

«Lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour conséquence de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis, même si les dispositions de droit interne sont celles de la Constitution (C.J.C.E., 2 juillet 1996, aff. C-473/93, *Commission c/ Grand-duché de Luxembourg*); que, du point de vue constitutionnel belge, l'autorité de l'interprétation donnée au Traité de Rome par la Cour de justice repose sur l'article 34 de la Constitution, quand bien même cette interprétation aboutirait à arrêter les effets d'une partie des articles 8 et 10 de la Constitution.»

D. *Position de la Cour constitutionnelle*

L'article 34 de la Constitution est libellé en ces termes: «L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public.» Une telle disposition insérée dans la Constitution en 1970 permet de considérer que le constituant *aurait* admis la primauté du droit international sur les normes juridiques internes, en ce compris la Constitution, ou à tout le moins reconnaît au droit international public une valeur équivalente à la Constitution.

Toutefois, la Cour constitutionnelle a dans un arrêt prononcé le 28 avril 2016 nuancé la portée de l'article 34 comme il suit :

«L'article 34 de la Constitution ne donne pas un blanc-seing généralisé, ni au législateur lorsqu'il donne son assentiment au traité, ni aux institutions concernées lorsqu'elles exercent les compétences qui leur ont été attribuées. L'article 34 de la Constitution n'autorise en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit.»⁸⁷

⁸⁶ Voy. notamment C.E., 5 novembre 1996, *Orfinger*, n° 62.922; C.E., 5 novembre 1996, *Gerfa*, n° 62.923.

⁸⁷ C. const., 28 avril 2016, arrêt n° 62/2016, *J.T.*, 2016, p. 470 (point B.8.7.), note P. DERMINE.

Cet arrêt confirme la position de la Cour constitutionnelle selon laquelle « aucune norme du droit international – lequel est une création des États –, même pas l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ne donne aux États le pouvoir de faire des traités contraires à leur Constitution »⁸⁸.

III. Titulaires des droits

Les titulaires des droits garantis par la Constitution sont toutes les personnes se trouvant sur le territoire belge.

Relevons dès à présent que les personnes handicapées bénéficient, en vertu de leur personnalité juridique, comme toutes autres personnes, de l'ensemble des droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution ainsi que par le droit international. L'exercice de ces droits et libertés doit leur être assuré dans des conditions d'égalité et de non-discrimination, conformément aux règles énoncées dans les articles 10 et 11 de la Constitution. Elles ont droit, par exemple, en vertu de l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution, à mener une vie conforme à la dignité humaine⁸⁹.

IV. Quant au recours

La Cour constitutionnelle a aussi le pouvoir de se prononcer sur la violation, par une norme ayant force de loi, des droits et libertés fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution (art. 8 à 32) ainsi que par les articles 143, § 1^{er} (principe de la loyauté fédérale), 170 (principe de légalité en matière fiscale), 172 (principe d'égalité en matière fiscale) et 191 (protection des étrangers) de la Constitution⁹⁰.

Dans l'exercice de sa mission de contrôler la compatibilité des normes à valeur législative avec le droit constitutionnel, la Cour constitutionnelle recourt à la méthode combinatoire ou du contrôle combiné pour inclure parmi les normes de référence dont elle doit assurer le respect les droits et libertés résultant des dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables en droit interne par un acte d'assentiment (voy. *infra*). Procédant de la sorte, la Cour constitutionnelle fait une application indirecte du droit international⁹¹.

⁸⁸ C. const., 3 février 1994, arrêt n° 12/94.

⁸⁹ Projet de révision de la Constitution visant à insérer, au titre II de la Constitution, un article 22^{ter} garantissant le droit des personnes handicapées de bénéficier des mesures appropriées qui leur assurent l'autonomie et une intégration culturelle, sociale et professionnelle déposé le 22 septembre 2010 par M. Delpérée, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-139/1.

⁹⁰ Loi spéciale du 9 mars 2003.

⁹¹ Chr. HOREVOETS, « Les juges compétents », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, sous la direction de Sébastien Van Drooghenbroeck, coll. Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, point IV.1. Le « contrôle combiné » de la Cour constitutionnelle, p. 90.

Pourrait se poser la question de la violation d'un droit fondamental protégé tant par la Constitution que par le droit international. Il s'agit là d'une situation de concours de droits fondamentaux.

L'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle⁹² prévoit que toute juridiction (judiciaire ou administrative) pose prioritairement une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Toutefois, cette même juridiction peut aussi poser, soit simultanément, soit ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

L'obligation de renvoi préjudiciel souffre néanmoins quelques exceptions :

- lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet ;
- lorsque la juridiction estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée ;
- lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée ;
- lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée.

§ 7. La diversité des instruments juridiques assurant la protection des droits fondamentaux et leur interaction

Les droits de l'homme ont été consacrés par différents instruments juridiques interagissant tellement que l'on peut parler d'un réseau.

Ces interactions sont décrites sous les termes d'«un ensemble dissociable», d'«un métissage des sources», de «textes en réseau», de «lecture combinatoire ou conciliatoire»... De telles interactions sont induites par une cohabitation normative, voire par une attraction ou correspondance normative.

Il en résulte une approche méthodologique spécifique : la lecture combinée. Nous avons déjà pu attirer l'attention du lecteur quant au recours à cette méthode par les différentes juridictions. Ainsi, des dispositions de la Constitution, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi que le droit de l'Union européenne (y compris la Convention relative aux droits des personnes handicapées) peuvent être combinés à l'appui d'un recours.

Observons que l'article 14 de la C.E.D.H. peut non seulement être lu en combinaison avec des articles de la Constitution belge précités, mais aussi avec les articles 2, § 1^{er}, 3 et 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, l'ar-

⁹² Loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 31 juillet 2009 (insérant un § 4 à l'article 26).

ticle 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, ainsi que les articles 20 à 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le droit à la vie est consacré à l'article 2 de la C.E.D.H., à l'article 6 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, à l'article 10 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, ainsi qu'à l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Ces textes protègent les droits fondamentaux tantôt de manière équivalente, tantôt de manière similaire. L'analyse comparée de ces textes permet dès lors de qualifier ces droits de totalement ou partiellement analogues⁹³.

Prenant la Constitution belge comme texte de référence, un droit est dit totalement analogue s'il possède un champ d'application, une portée et des conditions de restriction égaux dans la Constitution et l'instrument international ou européen.

Ainsi, tant la doctrine que la jurisprudence qualifient de droits totalement analogues les articles 10 et 11 de la Constitution et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Un droit est dit partiellement analogue s'il a une portée quelque peu égale mais un champ d'application différent ou des conditions de restriction différentes. Il en est ainsi des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 14 de la C.E.D.H.⁹⁴.

De même, la Cour constitutionnelle interprète l'article 22 de la Constitution relatif à la vie privée en considérant l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article 8 de la Convention⁹⁵.

Il importe dès lors d'envisager, pour chaque situation, les dispositions des différents instruments juridiques pouvant régir ou influencer l'analyse juridique de cette situation et d'explorer les différentes possibilités de combinaison en fonction de ses particularités. Pensons notamment à la juridiction saisie (nationale ou internationale) ou à la nature de la législation (nationale ou européenne) mise en question.

⁹³ *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2007, n° 4-12/1, pp. 6-7; Chr. HOREVOETS, « Les juges compétents », *op. cit.*, point IV.2. Concours de droits fondamentaux et répartition des compétences entre juridictions dans le contrôle de compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux, p. 106.

⁹⁴ C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 11 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, n° 7, p. 279 et note K. STANGHERLIN; « En effet, le principe de non-discrimination, tel qu'il a toujours été entendu par la Cour constitutionnelle, est substantiellement identique au principe affirmé dans les textes internationaux de droits de l'homme, notamment l'art. 14 Conv. eur. D.H. et l'art. 26 PIDCP. »

⁹⁵ C. const., 20 octobre 2004, arrêt n° 162/2004.

§ 8. L'effet des différents textes

La pluralité des textes visant les uns et les autres à asseoir et à conforter la protection des droits fondamentaux est certes le signe de l'importance accordée à ces droits à chaque échelon : étatique, européen et international, mais aussi la source d'un questionnement quant à leur efficience.

Le caractère d'applicabilité directe d'une norme internationale détermine si elle fait directement naître dans l'ordre interne des droits au bénéfice des personnes privées, physiques et morales, leur offrant la possibilité de demander son application aux pouvoirs publics ou aux tribunaux nationaux.

« L'applicabilité directe peut être entendue de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur. »⁹⁶

« Ainsi, est considérée avoir des effets directs dans l'ordre juridique national la norme claire d'un traité, juridiquement complète, qui impose aux États contractants soit de s'abstenir, soit d'agir de manière déterminée (le critère objectif) et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au Traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus (le critère subjectif). »⁹⁷

Les dispositions d'un traité qui n'ont pas d'effet direct n'ont pas de caractère normatif vis-à-vis des individus, ne créent aucun droit subjectif dans leur chef, mais n'imposent que des obligations aux parties contractantes ; autrement dit, le citoyen individuel ne peut y puiser des droits et ne peut par là même être soumis à aucune obligation⁹⁸.

Certains instruments juridiques (pensons au Pacte international relatif aux droits civils et politiques) ne comportent aucune disposition leur conférant le caractère d'un traité auto-exécutoire. Toutefois, cela n'exclut pas que ce caractère soit accordé par l'ordre juridique interne.

Enfin, rappelons qu'au-delà du contexte que l'instrument juridique retenu donne au droit fondamental qu'il affirme, bon nombre de ces droits, tels que le droit à la vie, le droit à la non-discrimination constituent des principes généraux de droit appartenant à l'Ordre public devant être respectés par chacun.

⁹⁶ J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, p. 243.

⁹⁷ Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 22 ; note M. WAELBROECK ; voy. aussi J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., n° 99 et s. ; J. VELU, « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *Rev. b. dr. inter.*, 1980, pp. 11 et s. ; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La règle d'application directe », *R.B.D.I.*, 1980, p. 349.

⁹⁸ C.E., 30 décembre 1993, *Avila Diman*, n° 45.552, *Chr. D.S.*, 1994, p. 244, note J. JACQMAIN ; *T.B.P.*, 1994 (abrégé), p. 436.

Aussi, confrontés à un instrument juridique relatif aux droits de l'homme, nous devrions nous poser les questions suivantes :

- Cette disposition a-t-elle déjà été intégrée dans notre ordre juridique ?
- Cette disposition présente-t-elle des caractères de précision, de clarté de manière telle qu'elle puisse être appliquée, sans passer par l'adoption d'une loi ou d'une autre norme complémentaire ?
- Cette disposition a-t-elle une (des) correspondance(s) dans d'autres instruments juridiques (régulièrement) appliqués par nos juridictions ? (Méthode combinatoire)
- La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de cassation et/ou de la Cour constitutionnelle s'est-elle prononcée (directement ou indirectement) sur l'effet direct, vertical et horizontal, de cette disposition ?

Section 2

Application au droit médical et au dommage corporel

§ 1. L'absence des droits de l'homme (fondamentaux) dans nos débats : question d'opportunité ou simple ignorance ?

Les droits de l'homme ne sont que très rarement invoqués lorsque nous débattons de la faute d'un prestataire de soins ou de l'étendue d'un dommage corporel.

Nous pourrions soutenir que ce fait est le résultat d'une décision mûrement réfléchie. Il nous est cependant mal aisé de trouver une considération raisonnable justifiant leur absence dans les domaines du droit médical et du dommage corporel⁹⁹.

Il nous faut alors constater l'ignorance de ces conventions (à laquelle n'échappe pas la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées) « par les avocats, les juges et les autres praticiens du droit. Il est anormal que ces textes ne soient pas plus souvent invoqués devant les tribunaux et appliqués par eux »¹⁰⁰.

Or, une telle ignorance est de nature à engager la responsabilité professionnelle de ces différents acteurs. La Cour de cassation de France a, dans un arrêt du 15 mai 2015, considéré ce qu'il suit¹⁰¹ :

«Attendu que, *tenu à un devoir de compétence*, la SCP Y. *ne pouvait ignorer*, en particulier au regard des écritures d'appel de M. X., la

⁹⁹ Les droits de l'homme sont plus régulièrement invoqués dans les contentieux relatifs au droit pénal, au droit du travail et au droit des étrangers.

¹⁰⁰ M. BLATMAN, *Étude de l'effet direct des stipulations de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (Synthèse)*, Rapport au Défenseur des droits, décembre 2016.

¹⁰¹ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 15 mai 2015, pourvoi n° 14-50.058, *inédit*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030602551>.

primauté du droit communautaire et la nécessité de se conformer au principe de l'égalité de traitement prohibant les discriminations fondées sur l'âge, principe général du droit de l'Union affirmé par la directive 2000/78 qui était entrée en vigueur le 2 décembre 2000 et que le juge communautaire appliquait depuis 2005, rappelant que devait être laissée inappliquée toute disposition nationale contraire à ce principe et à la directive (C.J.C.E., 22 novembre 2005, n° C-144/04, *Mangold*; 16 octobre 2007, n° C-411/05, *Felix Palacios de la Villa*; 5 mars 2009, n° C-388/07, *Age Concern England*; C.J.U.E., 12 janvier 2010, n° C-341/08, *Petersen*; 19 janvier 2010, n° C-555/07, *Kücükdeveci*); qu'il s'ensuit que l'application de la directive, imposée par la nécessaire mise en œuvre uniforme du droit communautaire, à laquelle la Cour de cassation a procédé à partir du 11 mai 2010, ne constituait ni un revirement ni même une expression imprévisible de la jurisprudence;

Que, dès lors, *en omettant d'invoquer un moyen susceptible d'être accueilli comme s'inscrivant dans l'évolution prévisible de la jurisprudence et de conduire au succès du pourvoi*, la SCP Y. a engagé sa responsabilité professionnelle.»

§ 2. Le droit de l'intégrité corporelle protégé par les articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit à la vie privée et familiale) de la C.E.D.H.

Le droit à la vie au sens de l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme n'est que le droit à la vie physique au sens usuel du terme et non le droit à une vie que l'individu peut subjectivement qualifier de décente¹⁰². Les questions relatives « à l'intégrité morale et physique des individus » entrent dans le champ d'application de l'article 8¹⁰³.

« Bien que le droit à la santé ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention ou ses protocoles, les Hautes Parties Contractantes ont, parallèlement à leurs obligations positives sous l'article 2 de la Convention, une obligation positive sous son article 8, d'une part, de mettre en place une réglementation obligeant les hôpitaux publics et privés à adopter des mesures appropriées pour protéger l'intégrité physique de leurs patients, et d'autre part, à mettre à la disposition des victimes de négligences médicales une procédure apte à leur procurer, le cas échéant une indemnisation de leur dommage corporel. »¹⁰⁴

¹⁰² Cass., 5 février 1985, R.G. n° 8743, *Pas.*, 1985, I, p. 332.

¹⁰³ Cour eur. D.H., 6 juin 2017, *Erdinç Kurt et autres c. Turquie*, point 39.

¹⁰⁴ Cour eur. D.H., 6 juin 2017, *Erdinç Kurt et autres c. Turquie*, req. n° 50772/11, point 51.

Les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'application de l'article 2 dans le domaine de la négligence s'appliquent également sous l'angle de l'article 8 lorsqu'il s'agit d'atteintes à l'intégrité physique ne mettant pas en cause le droit à la vie.

Pour ces deux articles, la Cour distingue le volet matériel et le volet procédural.

Le volet matériel est formé des obligations positives incombant à l'État de veiller à la mise en place d'un cadre législatif et réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie et de l'intégrité physique des patients. « Cette obligation repose sur la nécessité de préserver ces derniers, autant que faire se peut, des conséquences graves que peuvent avoir à cet égard les interventions médicales. »¹⁰⁵

Soulignons que dès qu'un État membre met en place un cadre réglementaire adéquat (en prenant les dispositions nécessaires pour assurer un haut niveau de compétence chez les professionnels de la santé et pour garantir la protection de la vie des patients), des questions telles qu'une faute de jugement de la part d'un professionnel de la santé, ou une mauvaise coordination entre des professionnels de la santé dans le cadre du traitement ne suffisent pas par elles-mêmes à obliger un État à rendre des comptes en vertu de l'article 2. La violation d'une telle obligation existe dans les cas où un patient n'a pas eu accès aux soins adéquats en raison d'un dysfonctionnement objectivement reconnaissable comme structurel ou systémique dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance et, consécutivement, à propos duquel elles auraient dû prendre les mesures nécessaires pour assurer la protection de ce patient en particulier et de celle des autres patients en général¹⁰⁶.

Le volet procédural consiste en l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès ou des atteintes à l'intégrité physique d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, qu'ils agissent dans le cadre du secteur public ou qu'ils travaillent dans des structures privées et, le cas échéant, d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes. Il s'agit de procéder à un examen prompt, complet, impartial et approfondi des circonstances dans lesquelles les homicides ou les atteintes à l'intégrité physique ont été commis pour tenter d'identifier les responsables. Il s'agit là d'une obligation de moyens. Les autorités doivent avoir pris des mesures raisonnables pour assurer l'obtention des preuves relatives aux faits en question. Une exigence de célérité et de diligence raisonnable est implicite dans ce contexte.

¹⁰⁵ Cour eur. D.H., 2 juin 2009, *Codarcea c. Roumanie*, req. n° 31765/04, point 104.

¹⁰⁶ Cour eur. D.H. (gr. ch.), 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c. Italie*, req. n° 32967/96, § 49; Cour eur. D.H., 9 avril 2013, *Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie*, req. n° 13429/09; Cour eur. D.H., 27 janvier 2015, *Asiye Genç c. Turquie*, req. n° 24109/07; Cour eur. D.H., 22 mars 2016, *Elena Cojocaru c. Roumanie*, req. n° 74114/12.

§ 3. L'accès aux données médicales et leur production

Les données médicales occupent une place centrale dans les affaires de responsabilité médicale et du dommage corporel. Elles sont recueillies auprès des personnes directement concernées mais aussi auprès de tiers appartenant le plus souvent au secteur thérapeutique et auprès des organismes assureurs (plus communément désignés sous le terme de mutuelles). Elles sont convoitées par les tiers responsables ou payeurs, communiquées au médecin de recours et parfois même à l'assureur protection juridique, transmises de manière contradictoire à l'expert judiciaire... À l'évidence, ces données voyagent, transitent de mains en mains sans que les maillons de cette chaîne de transmission et diffusion ne sourcilent.

Nous avons déjà, lors d'études dédiées à ce sujet, souligné l'inadéquation ou tout au moins le caractère abusif et inutilement préjudiciable de cette manipulation de données touchant la personne dans son intimité¹⁰⁷. Une attention toute particulière doit être accordée au Règlement (UE) 2016/679 entrant en vigueur le 25 mai 2018¹⁰⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a décidé, dans un arrêt du 29 juin 2006¹⁰⁹, que la divulgation d'informations relatives à l'état de santé (mentale) d'une partie lors d'une audience publique constitue une ingérence dans le droit de cette personne au respect de la vie privée. Il s'agit là d'une violation de l'article 8 de la C.E.D.H., la Cour relevant notamment que les informations relatives à cet état de santé n'étaient pas de nature à influencer l'issue du litige et que, dès lors, une telle divulgation était illégale. Il fut également souligné que la tenue d'une audience à huis clos aurait permis d'éviter la divulgation des informations litigieuses au public, mais elle n'aurait pas empêché que celles-ci soient portées à la connaissance des parties et versées au dossier de l'affaire.

Dans un arrêt du 10 octobre 2006¹¹⁰, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirma sa position. Un homme impliqué dans une procédure de divorce dénonçait la production et l'utilisation en justice de pièces médicales le concernant sans son consentement et sans qu'un expert médecin n'eut été, le cas échéant, commis à cet effet. Observant que ce n'était qu'à titre subsidiaire que les juridictions françaises avaient invoqué ces pièces médicales pour motiver leur décision et que ces mêmes juridictions auraient pu les écarter tout en arrivant à la même conclusion, la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 8 à la suite de l'ingérence subie par cet homme dans sa vie privée.

¹⁰⁷ I. LUTTE, « L'accès au dossier médical », *Consilio*, 2017/1, pp. 42-55; I. LUTTE, « Les données relatives à la santé », in *Data protection. L'impact du GDPR en assurance*, *Bull. ass.*, dossier 2017, pp. 65-101.

¹⁰⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données).

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., 29 juin 2006, *Panteleyenko c. Ukraine*, req. n° 11901/02.

¹¹⁰ Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02.

Relevons à propos de la manipulation des données médicales dans un contexte judiciaire, que l'article 978 du Code judiciaire précise que le rapport de l'expert « contient en outre le relevé des documents et des notes remis par les parties aux experts ; il ne peut les reproduire que dans la mesure où cela est nécessaire à la discussion ».

§ 4. Les expertises médicales (volet procédural des articles 2 et 8)

Une procédure est inefficace au regard des obligations procédurales imposées par les articles 2 et 8 de la Convention lorsque la décision à laquelle elle aboutit est fondée sur des rapports d'expertise éludant ou n'abordant pas de manière satisfaisante la question centrale que les experts devaient trancher et que les arguments, sinon décisifs, du moins principaux des parties ne reçoivent pas de réponse spécifique et explicite¹¹¹.

La doctrine a souligné l'importance de veiller à assurer des travaux et des rapports d'expertise de qualité¹¹². Nous nous référons également à la contribution de Madame Englebert intitulée « L'expertise : entre science et décision de justice » et publiée dans cet ouvrage.

Laissons-nous vous présenter deux arrêts prononcés par la Cour de Strasbourg soulignant l'apport essentiel, à l'administration d'une bonne justice, de travaux d'expertise correctement conduits.

— *Affaire Aydogdu c. Turquie*¹¹³

Une dame se trouvant à sa 30^e semaine de grossesse et présentant les signes d'un accouchement avant terme, fut conduite dans un hôpital dépourvu d'un service néonatal ou de toute infrastructure permettant d'apporter des soins adéquats à un nouveau-né présentant de graves troubles respiratoires à la naissance. Le nouveau-né fut transféré vers un autre hôpital mieux équipé. Toutefois, aucune place aux soins intensifs et aucun appareil n'étaient disponibles... Le nouveau-né décéda.

Des travaux d'expertise furent menés.

La Cour de Strasbourg considéra que le décès de ce nouveau-né était le résultat combiné, d'une part, d'une négligence liée à une mauvaise coordina-

¹¹¹ Cour eur. D.H., 6 juin 2017, *Erdoğan Kurt et autres c. Turquie*, point 63 ; Cour eur. D.H., 30 juin 2015, *Atug et autres c. Turquie*, req. n° 32086/07.

¹¹² Voy., entre autres : J.-L. FAGNART, « Éthique et médecine d'expertise », *Consilio*, 2011/4, pp. 135 à 157 ; P. STAQUET, « Rapport d'expertise médicale et motivation », note sous Tribunal de la fonction publique européenne du 14 septembre 2011, *For. ass.*, 2012, pp. 137 à 144 ; S. PIEDBOEUF, « Le point de vue du juriste », in « 7. L'expertise médicale : un difficile dialogue interculturel », in *Nouveaux dialogues en droit médical*, coll. CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, pp. 242 à 260 ; P. STAQUET, « Motivation du rapport d'expertise sous monitoring », in *Droit médical et dommage corporel, État des lieux et perspectives*, sous la direction d'Isabelle Lutte, Limal-Bruxelles, Anthemis-ULB, 2014, pp. 163 à 189 ; J.-L. FAGNART, « L'expertise médicale menacée d'obsolescence », *Consilio*, 2015/4, pp. 210 à 224.

¹¹³ Cour eur. D.H., 30 novembre 2016, *Aydogdu c. Turquie*, req. n° 40448/06, points 77-86.

tion des professionnels de soins de santé dans la prise en charge de cet enfant et, d'autre part, d'un dysfonctionnement structurel, la Turquie n'ayant pas veillé à la bonne organisation et au bon fonctionnement du service public hospitalier.

La Cour fustigea le caractère lacunaire des travaux d'expertise en ces termes :

« Dans la présente affaire, les experts n'ont fait que décrire les actes médicaux effectués jusqu'alors, sans se pencher sur les protocoles thérapeutiques qui auraient pu ou auraient dû être appliqués, ils ont conclu que tous les médecins concernés avaient agi en adéquation avec les standards de la médecine moderne et les règles de l'art, sans jamais énoncer lesdits standards et règles ni exposer de quelque manière que ce fût la ou les raisons qui leur permettaient d'énoncer une telle affirmation.

Comme la cour l'a déjà dit, dans des affaires telles que celle-ci, seuls des rapports approfondis et scientifiquement étayés, comportant une conclusion motivée et répondant aux questions soulevées en l'espèce auraient été de nature à inspirer aux justiciables une confiance dans l'action en justice.

Or, [...] en l'occurrence [...] les experts n'ont jamais répondu aux seules questions essentielles, susceptibles de permettre d'établir si – outre les problèmes de coordination et de dysfonctionnement structurels soulevés ci-avant (paragraphe 85 à 88 ci-dessus) – le décès de la fille des requérants était inévitable ou s'il était survenu à la suite des conséquences anormales et imprévisibles d'un acte médical relevant de l'aléa thérapeutique – de façon à exclure la faute médicale – ou bien s'il résultait du refus de prodiguer des soins spécifiques pour les prématurés en détresse respiratoire.

[...]

Du fait de ces expertises lacunaires, nulle autorité n'a été capable d'apporter une réponse cohérente et scientifiquement fondée aux problèmes soulevés en l'espèce et d'apprécier l'éventuelle responsabilité des médecins en toute connaissance de cause. »

La Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 2 (tant dans son volet matériel que dans son volet procédural).

– *Affaire Erdiņ Kurt et autres c. Turquie*¹¹⁴

La jeune Duru Kurt souffrait d'une pathologie cardiaque congénitale (syndrome de Bland-White-Garland) liée à une naissance anormale de l'artère coronaire gauche. Une intervention chirurgicale correctrice fut proposée. À la suite de la découverte d'une fuite lors d'un examen de contrôle, une nouvelle intervention chirurgicale fut requise. L'enfant présenta, consécutivement à cette prise en charge, de graves séquelles neurologiques.

¹¹⁴ Cour eur. D.H., 6 juin 2017, *Erdiņ Kurt et autres c. Turquie*, précité.

Des travaux d'expertise furent menés et conclurent à l'absence de faute dans le chef des professionnels de la santé.

La Cour de Strasbourg émit les considérations suivantes :

«66. La question à trancher par les experts consistait à déterminer si, indépendamment du risque que présentait l'intervention, les médecins avaient contribué à la réalisation du dommage. En effet, ce n'est que lorsqu'il a été établi que les médecins ont réalisé l'opération selon les règles de l'art, en prenant dûment en compte les risques que présentait celle-ci, que les séquelles peuvent être considérées comme relevant de l'aléa thérapeutique. S'il devait en aller autrement, aucun chirurgien ne serait jamais inquiété étant donné que le risque est inhérent à toute intervention chirurgicale.

67. Or, le rapport d'expertise du 31 juillet 2009 n'aborde nullement cette question puisqu'il n'examine pas si et dans quelle mesure les médecins concernés ont ou non agi en adéquation avec les normes de la médecine moderne avant, pendant et après l'opération. Par exemple, il ne précise pas quels actes concrets ont été réalisés par les médecins pendant l'opération et durant le suivi postopératoire au cours duquel l'accident neurologique semble être survenu, ni ne les confronte aux règles et protocoles régissant la matière.

68. Si le rapport précité conclut finalement à l'absence de faute de la part des médecins, il ne précise pas sur quels éléments concrets, en dehors d'éléments bibliographiques attestant l'existence de risques, il fonde cette conclusion, qui relève dès lors de l'affirmation plus que de la démonstration. Ce rapport est donc insuffisamment motivé au regard de la question sur laquelle il était censé apporter un éclairage technique (voir, *mutatis mutandis*, *Eugenia Lazăr c. Roumanie*, n° 32146/05, §§ 82 à 85, 16 février 2010).

69. Même si les conclusions d'une expertise ne lient pas le juge, force est d'admettre qu'elles peuvent exercer une influence déterminante sur l'appréciation de ce dernier dans la mesure où elles relèvent d'un domaine technique échappant à sa connaissance.»

La Cour a donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

§ 5. L'intimité du patient confrontée à la présence de stagiaires

L'organisation des soins en milieu hospitalier ne permet pas toujours et, en toutes hypothèses, pas aisément au patient d'identifier ses interlocuteurs. Or, beaucoup lui sont inconnus et s'imposent à lui « par la force des choses », c'est-à-dire par le fonctionnement propre au milieu hospitalier. Ce fonctionnement n'est évidemment pas critiquable en soi.

Si ces interlocuteurs sont de plus en plus nombreux à porter un badge d'identification, encore faut-il constater que celui-ci n'est cependant pas toujours accessible (en raison d'un mauvais placement, d'une blouse blanche trop hâtive-

ment endossée) ou lisible (en raison de la taille des lettres, de leur effacement...). En revanche, rares sont ceux qui, parmi ces interlocuteurs, se présentent spontanément. Pourtant, ils vous questionnent sur votre vie et votre santé...

Indépendamment de l'obligation d'information incombant aux professionnels de la santé et de l'obligation d'obtenir le consentement éclairé, cette situation pose question au regard du respect de la personne dans son intimité. Suffit-il de porter une blouse blanche pour être légitimé « à parcourir » l'histoire de vie et de santé d'autrui ?

L'importance du respect de l'intimité du patient n'a pas échappé au législateur. Il rappelle à l'article 10, § 1^{er}, de la loi du 22 août 2002¹¹⁵ ce qui suit : « sauf accord du patient, seules les personnes dont la présence est justifiée dans le cadre des services dispensés par un praticien professionnel peuvent assister aux soins, examens et traitements ».

L'arrêt commenté ci-dessous traite de la présence de stagiaires médecins – dès lors non choisis par la patiente et, *a priori*, sans impact sur sa prise en charge – lors d'un accouchement.

Le matin du 23 avril 1999, Madame Konovalova, en fin de grossesse, est emmenée en ambulance à l'hôpital universitaire alors que le travail avait débuté. Lors de son admission, elle a reçu une série de documents parmi lesquels figurait une brochure avertissant les patients de la possible présence d'étudiants, rédigée en ces termes : « Nous vous demandons de respecter le fait que le traitement médical dans notre hôpital est combiné avec un enseignement pour des étudiants en obstétrique et gynécologie. Pour cette raison, tous les patients sont impliqués dans le processus d'étude. »

Dans cette affaire, la requérante alléguait que des étudiants en médecine avaient assisté sans son autorisation à la naissance de son enfant. Elle soutenait qu'elle n'avait pas consenti par écrit à être observée de la sorte et qu'elle était à peine consciente lorsqu'elle avait été informée de cette mesure. Elle alléguait une atteinte à son droit au respect de la vie privée.

Le gouvernement russe se défendit en arguant que si ingérence il y avait eu, encore fallait-il constater que « l'ingérence alléguée poursuivait le but légitime de prévoir les besoins d'un processus éducatif et était proportionnelle par rapport à ce but parce que les formations en milieu hospitalier constituent les moyens les plus adéquats pour assurer un niveau élevé de la formation médicale ».

La Cour rappela que selon sa jurisprudence relative à l'article 8, le concept de « vie privée » est une notion large non susceptible de définition exhaustive. Il comprend des éléments se rapportant à l'identité d'une personne, tels que son nom, sa photo, son intégrité physique et morale, et s'étend généralement aux informations personnelles que toute personne peut légitimement

¹¹⁵ Art. 10, § 1^{er} (*partim*), de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

espérer ne pas être exposées au public sans son consentement. Il inclut également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent et, plus spécifiquement, le droit de choisir les circonstances pour devenir parent¹¹⁶.

De plus, l'article 8 recouvre l'intégrité physique d'une personne, parce que le corps d'une personne représente l'aspect le plus intime de sa vie privée, et toute intervention médicale, même mineure, constitue une ingérence dans ce droit¹¹⁷.

La Cour a conclu à la *violation de l'article 8* (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention. Elle a relevé que la brochure remise par l'hôpital à cette dame pour l'informer qu'elle pourrait être appelée à participer au programme de formation était imprécise et que, de manière générale, il lui avait été laissé entendre qu'elle ne pouvait s'y opposer.

§ 6. L'anamnèse

Une démarche clinique de qualité débute par une anamnèse. Celle-ci consiste en un interrogatoire mené par le professionnel de santé pour retracer les antécédents médicaux de son patient et l'historique de la pathologie actuelle. Première étape du diagnostic, l'anamnèse repose tant sur des questions précises allant des motifs de la consultation aux habitudes de vie que sur une écoute attentive du médecin. Elle complète l'observation du patient et l'examen clinique. Ces éléments combinés aux résultats des examens paramédicaux permettent de retenir une hypothèse diagnostique et d'orienter le traitement.

L'absence d'anamnèse ou une anamnèse trop hâtive peut priver le professionnel de santé d'une information essentielle et le conduire à adopter une attitude préjudiciable au patient.

– *Affaire Altuğ et autres c. Turquie*¹¹⁸

Cette affaire concernait le décès d'une dame à l'âge de 74 ans, à la suite d'une réaction allergique violente à l'administration d'un dérivé de la pénicilline par voie intraveineuse dans un hôpital privé.

Ses proches alléguaient en particulier que l'équipe médicale n'avait pas respecté les obligations légales leur incombant et consistant à effectuer une anamnèse (interrogatoire du patient ou de ses proches sur ses antécédents et éventuelles allergies), à informer le patient sur l'éventualité d'une réaction allergique et à obtenir son consentement pour l'administration du médicament.

La Cour a conclu à la *violation de l'article 2* (droit à la vie) de la Convention. Elle a précisé en particulier qu'il ne lui appartenait pas de spéculer sur

¹¹⁶ Voy. Cour eur. D.H., 14 décembre 2010, *Ternovszky c. Hongrie*, req. n° 67545/09, § 22.

¹¹⁷ Voy. Cour eur. D.H., 15 mars 2012, *Solomakhin c. Ukraine*, req. n° 24429/03, § 33; Cour eur. D.H., 13 novembre 2012, *I.G. et autres c. Slovaquie*, req. n° 15966, §§ 135-146.

¹¹⁸ Cour eur. D.H., 30 juin 2015, *Altuğ et autres c. Turquie*, req. n° 32086/07.

l'éventuelle responsabilité de l'équipe médicale concernée dans le décès de la mère/grand-mère des requérants. «La contestation porte sur la capacité du système judiciaire à vérifier le respect de ces obligations par l'équipe médicale et à en sanctionner l'éventuelle méconnaissance.»¹¹⁹

Elle releva :

«70. De manière générale, il convient de garder à l'esprit que le risque que des effets indésirables pour le patient puissent survenir après ou au cours d'un traitement en l'absence de faute de professionnel de santé est inhérent à tout acte médical. Les conséquences anormales et imprévisibles d'un acte de prévention ou de soins relèvent ainsi de l'aléa thérapeutique.

71. Dans le cas de l'administration de médicaments dont le potentiel allergène est connu, *l'interrogation du patient sur ses éventuels antécédents constitue l'une des possibilités de prévenir la réalisation du risque.*»

La Cour a cependant estimé que les autorités n'avaient pas assuré la mise en œuvre adéquate du cadre législatif et réglementaire pertinent, conçu pour protéger le droit à la vie des patients. En effet, ni les experts médicaux, considérant que le décès relevait de l'aléa thérapeutique, ni les juridictions turques ne s'étaient penchés sur une éventuelle méconnaissance de la réglementation en vigueur par l'équipe médicale (obligation d'interroger le patient ou ses proches sur ses antécédents, de l'informer sur l'éventualité d'une réaction allergique et d'obtenir son consentement pour l'administration du médicament).

La Cour s'exprima en ces termes :

«81. Quant au rapport d'expertise des membres de la faculté de médecine de l'Université d'Istanbul en date du 25 septembre 2003, il précise que le dossier ne contenait aucun document prouvant que les médecins avaient été informés de l'allergie de la défunte, mais *n'examine nullement la question de savoir si ces derniers avaient interrogé la patiente sur ses antécédents, s'ils l'avaient informée des éventuels risques et s'ils avaient obtenu son consentement. Les experts ne semblent ainsi avoir prêté aucun poids à la circonstance qu'aucun document ne semblait indiquer que l'équipe médicale avait respecté ses obligations, et ont préféré faire peser sur les requérants la charge de la preuve.*

82. À la lumière de ces éléments, il apparaît que les tribunaux ont fondé leurs décisions sur des rapports médicaux ayant éludé la question du respect de la réglementation par l'équipe médicale. Les juridictions elles-mêmes ne se sont pas davantage penchées sur cette question malgré les multiples demandes en ce sens des requérants et alors même qu'il s'agissait d'un argument sinon décisif, du moins très important pour la solution du litige et qui exigeait donc une réponse spécifique et explicite de la part des tribunaux.»

¹¹⁹ Arrêt *Altuğ et autres c. Turquie*, point 74.

§ 7. Le traitement médical hors consentement

Il n'est plus guère contesté que toute intervention médicale nécessite une information préalable et – son corollaire – le consentement du patient. La législation¹²⁰, la doctrine¹²¹, la jurisprudence¹²² et la déontologie médicale¹²³ sont unanimes à ce propos. Le respect de telles obligations s'impose aussi lorsqu'il s'agit d'un mineur¹²⁴, d'une personne handicapée ou d'une personne inconsciente.

– *Affaire Glass c. Royaume-Uni*¹²⁵

Une maman s'opposait à l'administration de substances psychotropes à son enfant gravement handicapé. Cet enfant souffrant d'une affection respiratoire compliquée présentait une dégradation de son état à un point tel qu'il fut admis aux soins intensifs et dut bénéficier d'une assistance respiratoire artificielle. Toutefois, persuadés que cet enfant était entré en phase terminale, les médecins commencèrent à lui administrer, contre la volonté de sa mère, de la morphine pour soulager ses souffrances.

De surcroît, un ordre de « non-réanimation » fut inséré dans son dossier sans que sa mère eût été consultée. Dans l'intervalle, une dispute avait éclaté à l'intérieur de l'hôpital entre les membres de la famille de l'enfant et les médecins. *In fine*, l'enfant survécut à la crise et il put être renvoyé chez lui. La maman

¹²⁰ Art. 7, 8, 12 et s. de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

¹²¹ Voy. notamment N. COLETTE-BASECQZ, « Le devoir d'information du médecin et le consentement libre et éclairé du patient », *Rev. dr. santé*, 1996-1997, pp. 185-190; Th. VANSWEEVELT, « Le débiteur d'information, le lien de causalité et le consentement éclairé », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, pp. 281-282; D. MAYERUS et P. STAQUET, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin », *D.C.C.R.*, 2002, n° 57, pp. 3-48; J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, n° 2, pp. 122-127; G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne en matière médicale: du début à la fin de la vie », in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 543-574; G. GENICOT, « Contrôle judiciaire d'une décision médicale prise à la légère et preuve du défaut d'information et de consentement », *J.L.M.B.*, 2016, n° 41, p. 1968; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, sous la direction d'Isabelle Lutte, Limal, Anthemis, 2016, pp. 7-38.

¹²² Cass. (1^{er} ch.), 14 décembre 2001, R.G. n° C.98.0469.F, *Arr. cass.*, 2001, n° 10, p. 2200, concl. J. DU JARDIN; *Juristenkrant*, 2002 (reflet C. TROUET), n° 42, p. 1; <http://www.cass.be> (3 février 2002); *Jaarboek Mensenrechten*, 2001-2002, p. 255, note C. TROUET; *J.T.*, 2002, p. 261 et <http://jt.larcier.be> (1^{er} juillet 2008), note C. TROUET; *J.L.M.B.*, 2002, n° 13, p. 532 et <http://jlmbi.larcier.be> (7 février 2003), note Y.-H. LELEU et G. GENICOT; *Journ. jur.*, 2002, n° 10, p. 6; *Pas.*, 2001, n° 12, p. 2129, concl. J. DU JARDIN; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494; *R.G.D.C.*, 2002, n° 6, p. 328, concl. J. DU JARDIN, note C. TROUET; *Rev. dr. santé*, 2001-2002, n° 5, p. 239, note J.-L. FAGNART.

¹²³ Art. 29, 30 et 33 du code de déontologie médicale.

¹²⁴ Nous songeons notamment à la problématique des stérilisations « forcées » des personnes handicapées. Voy. notamment : Civ. Turnhout, 7 février 2001, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, n° 1, p. 29, note N. COLETTE-BASECQZ: le gynécologue qui effectue une stérilisation sans le consentement de sa patiente commet une faute même si celle-ci est handicapée mentale et mère de quatre enfants et qu'elle se trouve dans une situation familiale difficile qui la contraint à faire appel à l'aide de tiers; J.-L. FAGNART, « Stérilisation et consentement éclairé », *Rev. dr. santé*, 2001-2002, n° 5, pp. 242-245.

¹²⁵ Cour eur. D.H., 9 mars 2014, *Glass c. Royaume-Uni*, req. n° 61827/00; voy. aussi Cour eur. D.H., 10 janvier 2017, *Ionita c. Roumanie*, req. n° 81270/12.

et son enfant soutenaient en particulier que le droit et la pratique en vigueur au Royaume-Uni n'avaient pas garanti le respect de l'intégrité physique et morale de l'enfant.

À propos de la législation en vigueur au Royaume-Uni, le paragraphe 24 des recommandations de l'Ordre des médecins publiées sous le titre « Recherche du consentement du patient: les considérations éthiques » se lit comme suit: « Lorsqu'un enfant âgé de moins de 16 ans est incapable de donner ou refuser un consentement éclairé, une personne investie de l'autorité parentale peut autoriser des examens ou un traitement qui servent l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette personne peut également refuser toute intervention lorsqu'elle estime que cela répond à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais le médecin n'est pas lié par le refus et peut saisir le tribunal. En cas d'urgence, si le médecin estime qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'intervenir, il peut le soigner, à condition que les soins soient limités à ce qui est raisonnablement nécessaire pour traiter l'urgence. »

La Cour européenne des droits de l'homme estime que la décision d'imposer un traitement à l'enfant malgré les protestations de sa mère s'analyse en une atteinte au droit au respect de sa vie privée, et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique¹²⁶.

Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible mais pour autant que celle-ci soit « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes et « nécessaire, dans une société démocratique », à la poursuite de ce ou ces buts¹²⁷. Examinant le cadre juridique en vigueur au Royaume-Uni, la Cour constate, premièrement, que ce cadre réglementaire consacre de manière ferme l'obligation de préserver la vie des patients, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Deuxièmement, ce même cadre réglementaire considère comme prioritaire l'exigence du consentement parental et, sauf dans les situations d'urgence, fait obligation aux médecins de solliciter l'intervention de la justice en cas d'objection parentale¹²⁸. Elle estime qu'un tel cadre réglementaire est conforme aux standards fixés en matière de consentement par la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine.

Toutefois, elle observe que, dans le cas d'espèce, l'équipe médicale n'avait pas saisi la juridiction compétente alors que « la procédure de l'intérêt supérieur de l'enfant p[eut] être déclenchée à bref délai ». En vérité, les médecins utilisèrent le temps limité dont ils disposaient pour tenter d'imposer leurs vues à la maman.

Dans de telles circonstances, « la décision des autorités de passer outre, en l'absence d'autorisation par un tribunal, à l'objection de la seconde requérante au traitement proposé a violé l'article 8 de la Convention »¹²⁹.

¹²⁶ Arrêt *Glass c. Royaume-Uni*, point 70.

¹²⁷ Arrêt *Glass c. Royaume-Uni*, point 73.

¹²⁸ Arrêt *Glass c. Royaume-Uni*, point 75.

¹²⁹ Arrêt *Glass c. Royaume-Uni*, point 83.

§ 8. Les traitements inhumains et dégradants

L'article 3 de la Convention consacrant l'interdiction de la torture ainsi que des peines et traitements inhumains ou dégradants est libellé en termes suffisamment précis et complets pour qu'il soit en mesure de déployer des effets directs dans l'ordre juridique interne. Des actes médicaux pourraient tomber dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention¹³⁰ si, étant dépourvus de valeur curative, ils revêtaient un caractère inhumain et dégradant.

Dans une affaire de responsabilité médicale soumise au Tribunal correctionnel de Bruxelles, le ministère public évoqua notamment la violation de l'article 3 de la Convention européenne¹³¹.

Un jeune homme s'étant toujours senti femme souhaitait le devenir complètement. Après diverses consultations médicales, une intervention chirurgicale visant à l'ablation de la verge et des testicules, le modelage des bourses de façon à leur donner la forme de grandes lèvres et la création d'un néovagin fut pratiquée. Malheureusement, le jeune homme décéda peu de temps après l'intervention des suites d'une embolie pulmonaire.

Le ministère public poursuit les médecins ayant pris en charge ce jeune homme. Parmi les diverses considérations émises, le ministère public soutenait que le jeune homme devait *nécessairement* « apparaître comme un névropathe et un être socialement inadapté » et, dès lors, était, compte tenu de cet état, nullement capable de donner un consentement libre et éclairé. Le tribunal correctionnel rejeta ce type de considération et estima établi le consentement libre et éclairé.

Se fondant notamment sur l'article 3 de la C.E.D.H.¹³², le ministère public estimait qu'un traitement médical est incompatible avec la C.E.D.H. lorsque « soit, par nature, soit par les conditions de son exécution, il revêt un caractère dégradant ». Il est exact que le geste chirurgical posé pouvait d'une certaine manière être considéré comme délabrant.

Après une analyse minutieuse de l'affaire, le tribunal correctionnel précisa ce qui suit : « Attendu que l'article 3 de la même Convention ne peut davantage être invoqué, le tribunal ayant constaté qu'il n'avait pas été démontré que le traitement entrepris était dépourvu du caractère curatif requis. »

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé à maintes reprises¹³³ que si le maintien en détention d'une personne gravement handica-

¹³⁰ « Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

¹³¹ Corr. Bruxelles (23^e ch.), 27 septembre 1969, *J.T.*, 1969, pp. 635-642.

¹³² « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique. »

¹³³ Cour eur. D.H., 10 juillet 2001, *Price c. Royaume-Uni*, req. n° 33394/46; Cour eur. D.H., 24 octobre 2006, *Vincent c. France*, req. n° 6253/03; Cour eur. D.H., 25 juin 2013, *Grimailovs c. Lettonie*, req. n° 6087/03; Cour eur. D.H., 19 février 2015, *Helhal c. France*, req. n° 10401/12.

pée n'est pas en soi contraire à l'article 3 de la Convention, la détention d'une personne handicapée paraplégique dans un établissement où elle ne peut se déplacer et en particulier quitter sa cellule par ses propres moyens, accéder aux sanitaires (de sorte que la toilette est effectuée à l'aide d'un codétenu) constitue un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. De telles considérations devraient pouvoir s'appliquer quel que soit le milieu de vie et ne sont donc pas limitées à l'environnement carcéral.

§ 9. L'éducation et l'enseignement

– *Affaire Çam c. Turquie*¹³⁴

Le refus d'inscription d'une jeune fille en tant qu'élève au Conservatoire national de musique turc, en raison de sa cécité, a retenu l'attention de la Cour européenne des droits de l'homme.

Celle-ci se plaignait de la violation de son droit à l'instruction et soutenait que l'État n'avait pas offert aux personnes présentant un handicap les mêmes chances que tout un chacun. Elle estimait également avoir été victime d'un traitement discriminatoire en raison de sa cécité. À cet égard, elle contestait le fait qu'il faille être voyant pour pouvoir s'inscrire au conservatoire et estimait qu'une telle exigence est contraire au droit à l'instruction. Elle arguait en outre que l'État n'avait pas rempli son obligation positive d'offrir aux personnes présentant un handicap les mêmes chances qu'à tous.

Les recours nationaux ayant été vainement épuisés, la jeune fille saisit la Cour européenne des droits de l'homme. Elle tendait à démontrer la violation de l'article 14¹³⁵ (interdiction de la discrimination) de la Convention combiné avec l'article 2¹³⁶ (droit à l'instruction) du Protocole n° 1.

Dans le cas d'espèce, il revenait à la Cour de Strasbourg d'examiner si l'État ayant décidé d'offrir un enseignement musical spécialisé, l'accès à celui-ci pouvait être refusé à un groupe de personnes en particulier car la discrimination englobe les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification objective et raisonnable, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable.

¹³⁴ Cour eur. D.H., 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08.

¹³⁵ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Cet article 14 est suffisamment précis et complet pour déployer des effets directs dans l'ordre juridique belge. Voy. en ce sens : J. VELU, « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », *Rev. b. dr. inter.*, 1980, p. 25. Voy. aussi : Bruxelles, 11 mai 1978, *Rev. dr. pén.*, 1978, p. 704 ; Cass., 6 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 147 ; Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 172.

¹³⁶ « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

- *Premier point d'intérêt : l'interaction normative*

Cet arrêt est un bel exemple de l'interaction de différentes normes relatives aux droits de l'homme et l'importance réservée à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées par la Cour de Strasbourg.

« 53. La Cour réitère que dans l'interprétation et l'application de l'article 2 du Protocole n° 1, *il faut tenir compte de toute règle et de tout principe de droit international applicables aux relations entre les parties contractantes, et la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante* (voir *Catan et autres*, précité, § 136). *Les dispositions relatives au droit à l'éducation énoncées dans les instruments tels que la Charte sociale européenne ou la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées sont donc à prendre en considération.* Enfin, la Cour souligne que l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (*ibidem*). »

- *Deuxième point d'intérêt : l'interprétation évolutive*

Dans le contexte de la présente affaire, la Cour rappelle également qu'elle doit tenir compte de l'évolution du droit international et européen et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour à ces niveaux quant aux normes à atteindre. Elle note en ce sens l'importance des principes fondamentaux d'universalité et de non-discrimination dans l'exercice du droit à l'instruction, lesquels ont été consacrés à maintes reprises dans des textes internationaux (notamment au niveau de la Charte sociale européenne et de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées). Elle souligne en outre qu'aux termes de ces instruments internationaux, l'éducation inclusive a été reconnue comme le moyen le plus approprié pour garantir ces principes fondamentaux¹³⁷.

- *Troisième point d'intérêt : l'emprunt du concept d'aménagement raisonnable*

La discrimination était au cœur du grief formulé par la jeune fille à l'encontre du pouvoir organisateur de sorte qu'elle invoquait la violation de l'article 14 de la C.E.D.H.¹³⁸.

Se référant explicitement à la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, la Cour a considéré que la discrimination fondée sur le handicap englobait le refus d'aménagements raisonnables destinés à permettre l'accès des personnes en situation de handicap à l'instruction, indispensable à la réalisation des droits de l'homme.

¹³⁷ Cour eur. D.H., 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n° 51500/08, point 64.

¹³⁸ Observons que l'article 14 de la Convention est à rapprocher des articles 10, 11, 11bis et 24 de la Constitution belge, des articles 2, § 1^{er}, 3 et 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, ainsi que des articles 20 à 25 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En refusant l'inscription de la jeune fille, sans envisager de tels aménagements, les instances nationales l'avaient empêchée sans raison objective et raisonnable de suivre une éducation musicale en violation de la Convention. Elle conclut à la violation de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 2 du Protocole n° 1.

Récemment, la Cour confirma à nouveau sa position et son raisonnement à propos d'un étudiant paraplégique ne pouvant accéder aux bâtiments universitaires¹³⁹.

§ 10. Les risques transfusionnels

Il ne se trouve personne pour contester l'utilité des transfusions sanguines en permettant de corriger le manque de globules rouges, de plaquettes ou de facteurs de coagulation contenus dans le plasma et, consécutivement, de sauver des vies.

Toutefois, un tel traitement n'est pas exempt de risques. Les risques les plus importants sont de nature immunologique (incompatibilité érythrocytaire) et de nature infectieuse : transmission de parasites (paludisme) ou de virus (hépatites à virus, Sida, parvovirus B 19). À ce jour, les progrès dans le dépistage des maladies virales ont permis de diminuer considérablement le risque de contamination.

– *Affaire G.N. et autres c. Italie*¹⁴⁰

Des patients souffrant de thalassémie recevaient périodiquement des transfusions de sang et de produits sanguins, fournis gratuitement par le service de santé national. À la suite de ces transfusions et à un moment antérieur à 1985, ils furent contaminés par le virus d'immunodéficience humaine (VIH) ou de l'hépatite C.

Les patients reprochaient aux autorités, d'une part, de ne pas avoir procédé aux contrôles nécessaires afin de prévenir l'administration de sang infecté, d'autre part, d'avoir refusé, au terme de longues procédures, de les indemniser.

Ils alléguaient également avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire par rapport à d'autres groupes de personnes infectées. Entre-temps, par un décret du 3 novembre 2003, le ministère de la Santé avait établi les critères permettant de conclure des transactions avec les personnes hémophiles infectées à la suite de transfusions sanguines. Les patients étant atteints de thalassémie, ils ne purent bénéficier de cette indemnisation.

La Cour rappela que la première phrase de l'article 2 de la Convention impose à l'État l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement », mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protec-

¹³⁹ Cour eur. D.H., 30 janvier 2018, *Enver Şahin c. Turquie*, req. n° 23065/12.

¹⁴⁰ Cour eur. D.H., 1^{er} décembre 2009, *G.N. et autres c. Italie*, req. n° 43134/05.

tion de la vie des personnes relevant de sa juridiction. Parmi de telles mesures figure l'instauration d'un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé.

La Cour a conclu à la non-violation de l'article 2 (droit à la vie) de la Convention, observant notamment qu'il n'avait pas été établi qu'à l'époque des faits, le ministère italien de la Santé connaissait ou aurait dû connaître les risques de transmission du VIH et du virus de l'hépatite C par transfusion, et qu'elle ne saurait déterminer les dates à partir desquelles le ministère avait ou aurait dû en avoir connaissance. La Cour a par ailleurs conclu à la violation de l'article 2 de la Convention concernant la conduite des procédures civiles, considérant que les autorités judiciaires italiennes, face à un grief défendable tiré de l'article 2, avaient failli à offrir une réponse adéquate et rapide conforme aux obligations procédurales qui découlent pour l'État de cette disposition.

Restait la question de la discrimination qu'auraient subie les requérants thalassémiques ou héritiers de personnes thalassémiques par rapport aux personnes hémophiles ayant bénéficié de règlements à l'amiable.

La Cour de Strasbourg considéra « que l'on se trouve en présence d'une différence de traitement entre personnes placées dans des situations analogues. En effet, Madame D.C. et les proches des autres requérants souffraient d'une pathologie congénitale et héréditaire, la thalassémie, laquelle comme l'hémophilie est une maladie du sang d'origine génétique obligeant les personnes atteintes à recevoir du sang ou des produits sanguins pour survivre. De plus, tant Madame D.C. et les proches des autres requérants, thalassémiques, que les hémophiles ont été contaminés à la suite de la transfusion ou de l'administration de sang ou de produits sanguins infectés auprès de structures sanitaires publiques » et que « de toute évidence, la différence de traitement entre les requérants, thalassémiques ou héritiers de personnes thalassémiques, et les hémophiles reposait sur la typologie de la pathologie, d'origine génétique, dont Madame D.C. et les proches des autres requérants étaient atteints »¹⁴¹.

Observons que la Cour de Strasbourg eut recours à l'interaction normative pour déterminer le champ d'application de l'article 14. Après avoir relevé que l'article 14 de la C.E.D.H. ne mentionne pas l'état de santé, les caractéristiques génétiques ou les handicaps parmi les motifs de discrimination interdits, elle souligne d'emblée que la liste des motifs de distinction énumérés à l'article 14 n'est pas exhaustive. Elle relève avoir déjà élargi le champ d'application de l'article 14 aux discriminations fondées sur un handicap.

Par ailleurs, la possibilité que les caractéristiques génétiques constituent un facteur de discrimination prohibée entre individus est confirmée par des sources externes à la Convention, telles que la Charte des droits fondamentaux

¹⁴¹ Arrêt *G.N. et autres c. Italie*, points 124 et 125.

de l'Union européenne, dont l'article 21 interdit, entre autres, la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques ou sur un handicap.

Sans surprise, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 2 de la Convention, jugeant que les requérants, thalassémiques ou héritiers de personnes thalassémiques, avaient subi un traitement discriminatoire par rapport aux personnes hémophiles qui avaient pu bénéficier des règlements à l'amiable.

§ 11. Le préjudice sexuel d'une femme cinquantenaire

Les discriminations en matière de santé soumises à la Cour européenne des droits de l'homme sont variables. La particularité de l'affaire *Morais* réside en ce qu'elle a trait à la rupture d'égalité entre hommes et femmes fondée sur des préjugés.

– *Affaire Morais c. Portugal*¹⁴²

Atteinte d'une affection gynécologique (une bartholinite, c'est-à-dire un abcès glandulaire (glande de Bartholin) au niveau de la région vulvaire), Madame Morais subit une intervention chirurgicale (tendant à une mise à plat de l'abcès) à l'occasion de laquelle le nerf honteux fut sectionné. Il en résulta d'intenses douleurs, une incontinence urinaire et fécale, une perte de sensation vaginale et des difficultés lors des rapports sexuels.

Le premier juge reconnut une faute médicale commise lors de l'intervention comme étant à l'origine du tableau décrit ci-dessus. Il accorda 80.000 euros en réparation du dommage non économique (*non-pecuniary damage*) et 16.000 euros pour le poste d'aide de tiers. Appel fut interjeté.

Le juge d'appel confirma la responsabilité médicale mais alloua une indemnisation moindre.

Madame Morais fit grief à la décision d'appel d'avoir méconnu l'importance de sa vie sexuelle en tant que femme.

La motivation fut libellée comme il suit :

« it is important to set an amount which compensates the plaintiff for her pain and loss of sensation and swelling in the vaginal area, and for the difficulty sitting and walking, which causes her distress and prevents her from going about her everyday life, forcing her to use sanitary towels on a daily basis to conceal urinary and faecal incontinence and which has limited her sexual activity, making her feel diminished as a woman. In addition, there is no medical solution to her condition. All this has caused her severe depression, expressing itself in anxiety and somatic symptoms manifested in the difficulty she has sleeping, deep disgust and frustration with the

¹⁴² Cour eur. D.H., 25 juillet 2017, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, req. n° 17484/15.

situation in which she finds herself, which has turned her into a very unhappy person and which inhibits her from establishing relationships with others and has caused her to stop visiting family and friends, from going to the beach and theatre and which has given her suicidal thoughts.

It should be noted, however, that the plaintiff has been suffering from the gynaecological condition for a long time (at least since 1993) and that she had already undergone various kinds of treatment without any acceptable result and that it was that lack of results and the impossibility of curing the condition otherwise that was the motivation for surgery. She had already had unbearable pain and symptoms of depression before [surgery]. This means that the plaintiff's complaints are not new and that the surgical procedure only aggravated an already difficult situation, a fact which cannot be ignored when setting the amount of compensation.

Additionally, it should not be forgotten that at the time of the operation the plaintiff was already 50 years old and had two children, that is, an age when sex is not as important as in younger years, its significance diminishing with age.»

Une telle motivation appelle quelques observations : la clinique d'une bartholinite, aussi désagréable puisse-t-elle être, n'est assurément pas comparable à une atteinte névralgique pudendale liée à la lésion du nerf honteux. Aussi, dans cette situation, alléguer de la pathologie antérieure (qui, rappelons-le, aurait dû être résolue par un acte chirurgical bien conduit¹⁴³) pour diminuer les répercussions de la lésion du nerf pudendal dans la vie quotidienne de cette dame nous paraît quelque peu grotesque.

L'aide de tiers fut également réduite pour les motifs suivants :

« Indeed, (1) it has not been established that the plaintiff had lost her capacity to take care of domestic tasks, (2) professional activity outside the home is one thing while domestic work is another, and (3) considering the age of her children, she [the plaintiff] probably only needed to take care of her husband ; this leads us to the conclusion that she did not need to hire a full-time maid... »

L'arrêt commenté ne fait pas référence à un rapport d'expertise. Nous ignorons donc comment cette perte de capacité ménagère et l'aide ménagère furent décrites. L'on peut imaginer que souffrir de douleurs intenses et d'incontinence totale entrave la réalisation des tâches ménagères qui en toutes hypothèses ne se réduisent pas à s'occuper de son mari...

La Cour rappelle que l'égalité des sexes est aujourd'hui un objectif majeur pour les États membres du Conseil de l'Europe, ce qui veut dire qu'il

¹⁴³ Il existe un risque de récurrence de 10 à 15 %. P. DESCAMPS *et al.*, « Conduite à tenir devant une bartholinite », in *Extrait des Mises à jour en Gynécologie Médicale*, volume 2007, publié le 12 décembre 2007 par le Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF), disponible à l'adresse : http://www.cngof.asso.fr/d_livres/2007_GM_015_descamps.pdf.

faut de bonnes raisons pour qu'une différence de traitement fondée sur le sexe puisse être acceptée comme étant compatible avec la Convention européenne. Ainsi, les références aux traditions, aux postulats généraux ou aux comportements sociaux dominants ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe¹⁴⁴.

La Cour a également considéré que les stéréotypes véhiculés à propos de certains groupes au sein de la société faisaient obstacle à l'évaluation individualisée de leur capacité et à leurs besoins : « *The Court has also considered that the issue with stereotyping of a certain group in society lies in the fact that it prohibits the individualised evaluation of their capacity and needs.* »¹⁴⁵

Selon la Cour, l'âge et le sexe de Madame Morais étaient des éléments décisifs ayant conduit la Cour administrative suprême à réduire le montant de l'indemnité accordée non seulement pour souffrance physique et mentale, mais aussi pour le recours à une aide domestique. Cette décision était fondée sur le postulat général que la sexualité n'a pas autant d'importance pour une cinquagénénaire mère de deux enfants que pour une femme plus jeune. Elle a ignoré l'importance physique et psychologique de la sexualité pour l'épanouissement de la femme ainsi que d'autres aspects de la sexualité féminine dans le cas concret de la requérante elle-même. Pour la Cour, ces considérations révèlent des préjugés dominants au sein de la magistrature portugaise. Le gouvernement portugais fit valoir qu'il s'agissait là davantage d'une mauvaise tournure de phrase perdue dans un jugement sans qu'il faille y voir les signes d'une discrimination.

La Cour européenne des droits de l'homme conclut à une violation de l'article 14 combiné à l'article 8.

§ 12. L'espérance légitime face au changement législatif

L'espérance légitime se fonde sur l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention consacrant le droit à la propriété. De quoi s'agit-il ?

L'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention est libellé comme il suit :

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

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

¹⁴⁴ Arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, point 46.

¹⁴⁵ Arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, point 46.

Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « la notion de “biens” peut recouvrir tant des “biens actuels” que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une “valeur patrimoniale” tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole n° 1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'“espérance légitime” ».¹⁴⁶

– *Affaire Kjartan Ásmundsson c. Islande*¹⁴⁷

En 1969, à l'âge de vingt ans, Monsieur Ásmundsson acheva sa formation d'officier de marine au Collège islandais de la marine et se lança dans la profession de marin. Il exerça jusqu'en 1978, année où il eut un grave accident du travail alors qu'il se trouvait à bord d'un chalutier. Un objet en pierre de 200 kilogrammes lui tomba sur la jambe droite et lui fracassa la cheville. Il dut abandonner son travail de marin. Son incapacité fut évaluée à 100 %, ce qui lui ouvrait droit à une pension d'invalidité que lui verserait le Fonds de pension des marins (« le Fonds de pension ») auquel il avait cotisé par intermittence de 1969 à 1981. Il fut procédé à cette évaluation à l'aide des critères prévus par l'article 13, §§ 1^{er} et 4, de la loi de 1974 sur le Fonds de pension des marins (loi n° 49/1974 – « la loi de 1974 »), à savoir notamment que le demandeur devait être dans l'incapacité d'accomplir le travail qu'il effectuait avant son incapacité, que sa cotisation au Fonds avait pour finalité de le garantir contre ce risque et qu'il accusait une perte permanente de capacité de travail (d'au moins 35 %)¹⁴⁸.

Monsieur Ásmundsson vit régulièrement un médecin agréé par le Fonds de pension, lequel estima chaque fois son incapacité à 100 % pour le travail qu'il exerçait auparavant. Après son accident, le requérant entra en qualité d'employé de bureau dans une entreprise de transports, Samskip Ltd, où il occupa aujourd'hui le poste de chef du service des réclamations¹⁴⁹. Un tel emploi rémunéré était compatible avec la perception d'une pension d'invalidité complète.

En 1992, le mode d'évaluation de l'incapacité fut changé, en raison des difficultés financières du Fonds : ce n'était plus l'incapacité d'accomplir le même travail, mais celle d'accomplir un travail quelconque qui devait être prise en compte. Un médecin officiellement agréé par le Fonds de pension procéda à une nouvelle évaluation de l'incapacité du requérant ; il conclut que la perte de capacité d'accomplir un travail était de 25 %, et n'atteignait plus le minimum requis de 35 %.

¹⁴⁶ Cour eur. D.H., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, req. n° 1513/03, point 60 ; Cour eur. D.H., 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera s.a. et autres c. Belgique*, req. n° 17849/91, série A, n° 332.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., 12 octobre 2004, *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, req. n° 60669/00.

¹⁴⁸ Arrêt *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, point 8.

¹⁴⁹ Arrêt *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, point 9.

La nouvelle législation ne prévoyait aucune période transitoire ou autre mode d'aménagement de son entrée en vigueur. Dès lors, le Fonds de pension appliqua les nouvelles dispositions non seulement aux personnes sollicitant une pension d'invalidité après la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais également aux personnes qui percevaient déjà une pension d'invalidité avant cette date.

La Cour a conclu à la violation de l'article 1^{er} (protection de la propriété) du Protocole n° 1. Elle a observé que le souci légitime de résoudre les difficultés financières du Fonds ne semblait guère se concilier avec la circonstance que la grande majorité des 689 personnes qui percevaient une pension d'invalidité avaient continué à en bénéficier au même taux qu'avant l'adoption des nouvelles dispositions, alors que 54 personnes, dont Monsieur Ásmundsson, avaient dû supporter une perte totale de droits. Il s'agissait là d'un fardeau excessif et disproportionné qui ne saurait se justifier par les intérêts légitimes de la collectivité que les autorités invoquaient.

Plus récemment, en 2016¹⁵⁰, la Cour de Strasbourg confirma sa jurisprudence dans une affaire concernant une dame privée de son droit à une pension d'invalidité à la suite de l'introduction de nouveaux critères d'octroi.

– *Affaires Draon c. France et Maurice c. France*

Parents d'enfants atteints de graves handicaps congénitaux qui, en raison d'une faute médicale, ne furent pas décelés lors d'un examen prénatal, les conjoints Draon¹⁵¹ et les conjoints Maurice¹⁵² intentèrent une procédure contre l'établissement de santé concerné, mais du fait de l'application d'une loi du 4 mars 2002¹⁵³, entrée en vigueur alors que leurs recours étaient pendants, ils obtinrent la condamnation de l'établissement à réparer leur seul préjudice moral et non les charges matérielles découlant du handicap des enfants.

¹⁵⁰ Cour eur. D.H., 13 décembre 2016, *Bélané Nagy c. Hongrie*, req. n° 53080/13.

¹⁵¹ Cour eur. D.H., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, req. n° 1513/03.

¹⁵² Cour eur. D.H., 21 juin 2006, *Maurice c. France*, req. n° 11810/03.

¹⁵³ L'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé est libellé comme il suit :

« I. Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale. »

La Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 1^{er} (protection de la propriété) du Protocole n° 1, au motif que la nouvelle loi avait aboli purement et simplement, de manière rétroactive, une partie substantielle de l'indemnisation à laquelle les requérants auraient pu autrement prétendre. Par suite de l'application de cette loi, les requérants avaient été privés, sans indemnisation adéquate, d'une partie substantielle de leurs créances en réparation.

Se fondant sur ces arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation de France écarte l'application de la loi du 4 mars 2002 au dommage survenu antérieurement à son entrée en vigueur, indépendamment de la date de l'introduction de la demande en justice. En statuant ainsi, la Cour de cassation permet aux parents d'enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, mais ayant introduit leur action en réparation après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, d'obtenir réparation de l'ensemble de leurs dommages, et pas uniquement le dommage moral.

Ce détour par le droit de propriété pour faire obstacle, notamment dans l'intérêt des personnes souffrant d'un dommage corporel, à l'application de nouvelles normes pourrait mériter notre attention dans cette période de hautes turbulences législatives.

Il est particulièrement intéressant de souligner que la Cour constitutionnelle « fusionne »¹⁵⁴ les garanties affirmées à l'article 16 de la Constitution et à l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Les garanties que ces deux dispositions contiennent forment un tout indissociable¹⁵⁵ de sorte que « ce ne sont pas seulement les restrictions du droit de propriété s'assimilant à une expropriation, mais également les réglementations injustifiées du droit de propriété qui sont régies par la protection inscrite à l'article 16 de la Constitution, combiné avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel »¹⁵⁶.

Conclusion

La pluralité des textes visant les uns et les autres à asseoir et à conforter la protection des droits fondamentaux est certes le signe de l'importance accordée à ces droits à chaque échelon : étatique, européen et international, mais aussi la source d'un questionnement quant à leur efficacité.

Une approche du droit médical et du dommage corporel fondée sur les droits de l'homme peut nous conduire à recentrer nos débats autour de la dignité humaine. Un tel défi n'attend que nous, praticiens du droit.

¹⁵⁴ Le terme est emprunté à Y. LEJEUNE (*Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 219).

¹⁵⁵ C. const., 22 septembre 2011, arrêt n° 145/2011, B.56; C. const., 30 mai 2013, arrêt n° 74/2013, B.7.1; C. const., 17 octobre 2013, arrêt n° 138/2013, B.16.1; C. const., 3 mars 2016, arrêt n° 31/2016, B.17.2.

¹⁵⁶ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 219, n°s 180-181.