

Le droit européen de la non-discrimination — constitué des Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination, de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, et du Protocole n° 12 à cette Convention — interdit toute discrimination fondée sur un certain nombre de motifs et exercée dans un certain nombre de contextes. Le présent manuel passe au crible la législation européenne dans ce domaine, telle qu'elle découle de ces deux sources fondamentales (les Directives de l'Union européenne et la Convention), citant indifféremment l'un ou l'autre de ces systèmes juridiques complémentaires lorsque ceux-ci se recoupent ou mettant en exergue leurs divergences lorsqu'ils diffèrent. Au vu de l'impressionnant corpus jurisprudentiel établi par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de non-discrimination, il est apparu utile d'élaborer un manuel (couplé à un CD-Rom) consacré à cette matière et aisément accessible aux praticiens du droit — tels les juges, procureurs, avocats, agents des services répressifs — qui exercent dans les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ou au-delà.

Manuel de droit européen en matière de non-discrimination

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Schwarzenbergplatz 11 - 1040 Vienne - Autriche
Tél. +43 (1) 580 30-60 - Fax +43 (1) 580 30-693
fra.europa.eu - info@fra.europa.eu

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
CONSEIL DE L'EUROPE**

67075 Strasbourg Cedex - France
Tél. +33 (0) 3 88 41 20 18 - Fax +33 (0) 3 88 41 27 30
echr.coe.int - publishing@echr.coe.int



Office des publications

ISBN 978-92-871-9994-2

ISBN 978-92-9192-669-5



9 789291 926695



Manuel de droit européen en matière de non-discrimination

© Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2010
Conseil de l'Europe, 2010

Le manuscrit a été achevé en juillet 2010.

Toute reproduction partielle ou totale des informations est autorisée, à l'exception des utilisations commerciales et à condition de mentionner la source.

**Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne**

**Un numéro unique gratuit (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800
ou peuvent facturer ces appels.

Crédit photo (couverture & intérieur): © iStockphoto

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet
via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche catalographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2011

ISBN 978-92-871-9994-2 (CdE)
ISBN 978-92-9192-669-5 (FRA)
doi:10.2811/12764

Imprimé au Luxembourg par l'Imprimerie Centrale

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE ÉLÉMENTAIRE (ECF)

La version originale du présent manuel a été rédigée en anglais. La Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) n'est pas responsable de la qualité des traductions réalisées dans d'autres langues. Elle ne saurait être tenue pour responsable des opinions exprimées dans le présent manuel ni du contenu des commentaires sur la Convention européenne des droits de l'homme qui y figurent et des ouvrages qui y sont mentionnés, les références à ces publications n'impliquant aucune forme d'approbation de sa part. Le site internet de la bibliothèque de la CouEDH comporte un catalogue où sont énumérés d'autres ouvrages traitant de la Convention et qui peut être consulté à l'adresse suivante : echr.coe.int/Library/.

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Cour européenne des droits de l'homme - Conseil de l'Europe

Manuel de droit européen en matière de non-discrimination

2011 — 176 p. — 14,8 × 21 cm

ISBN 978-92-871-9994-2 (CdE)
ISBN 978-92-9192-669-5 (FRA)
doi:10.2811/12764

De nombreuses informations sur l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sont disponibles sur le site internet de la FRA (fra.europa.eu).

D'autres informations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont disponibles sur le site internet de la Cour: echr.coe.int. Le portail de recherche HUDOC donne accès aux arrêts et décisions en anglais et/ou en français, à des traductions dans d'autres langues, aux notes mensuelles d'information sur la jurisprudence, aux communiqués de presse et autres informations sur le travail de la Cour.

Comment vous procurer les publications de l'Union Européenne?

Publications gratuites:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne.
Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site <http://ec.europa.eu> ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du *Journal officiel de l'Union européenne*, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne):

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne (http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).

Comment obtenir des publications du Conseil de l'Europe

Les Éditions du Conseil de l'Europe publient sur tous les domaines de référence de l'Organisation, notamment les droits de l'homme, les sciences juridiques, la santé, l'éthique, les questions sociales, l'environnement, l'éducation, la culture, le sport, la jeunesse, le patrimoine architectural. Chaque livre ou produit électronique peut être commandé directement en ligne à partir du site web: <http://book.coe.int>.

Une salle de lecture vous permet, comme dans une bibliothèque virtuelle, de consulter gratuitement des extraits des principaux ouvrages qui viennent de paraître ou l'intégralité de certains documents officiels.

Le texte intégral des Conventions du Conseil de l'Europe et diverses informations sur celles-ci sont disponibles à partir du site officiel des Traités du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/>.



Manuel de droit européen en matière de non-discrimination

Préface

En janvier 2010, la Cour européenne des droits de l'homme et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne ont décidé d'œuvrer de concert à l'élaboration du présent manuel de droit européen en matière de non-discrimination. Nous sommes heureux de vous présenter ici les résultats concrets de ces efforts communs.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a eu pour effet de conférer force juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Qui plus est, ce Traité prévoit l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce contexte, acquérir une meilleure connaissance des principes communs de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme est non seulement souhaitable, mais également essentiel pour garantir la mise en œuvre correcte au niveau national d'un des aspects clés du droit européen relatif aux droits de l'homme : les normes en matière de non-discrimination.

L'année 2010 a marqué le soixantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme — qui énonce, en son article 14, une interdiction générale de la discrimination — ainsi que le dixième anniversaire de l'adoption de deux textes fondamentaux pour la lutte contre la discrimination au sein de l'Union européenne, à savoir la Directive sur l'égalité raciale et celle sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Au vu de l'impressionnant corpus jurisprudentiel établi par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes (devenue la Cour de justice de l'Union européenne) en matière de non-discrimination, il est apparu utile d'élaborer un manuel (couplé à un CD-Rom) consacré à cette matière et aisément accessible aux praticiens du droit — juges, procureurs, avocats, agents des services répressifs, etc. —, qui exercent dans les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ou au-delà. Occupant le devant de la scène en matière de protection des droits de l'homme, les praticiens du droit se doivent, tout particulièrement, d'avoir une bonne compréhension des principes de non-discrimination pour être à même de les appliquer efficacement dans la pratique. C'est en effet au niveau national que les dispositions visant à lutter contre la discrimination sont traduites dans les faits et c'est sur le terrain que les défis se font jour.

Erik Friberg

Greffier de la Cour européenne
des droits de l'homme

Morten Kjaerum

Directeur de l'Agence des droits
fondamentaux de l'Union européenne

Table des matières

PRÉFACE.....	3
ABRÉVIATIONS.....	9
1. INTRODUCTION AU DROIT EUROPÉEN DE LA NON-DISCRIMINATION :	
CONTEXTE, ÉVOLUTION ET PRINCIPES FONDAMENTAUX.....	11
1.1. Contexte et historique du droit européen de la non-discrimination.....	12
1.1.1. Le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme.....	12
1.1.2. L'Union européenne et les Directives relatives à la non-discrimination.....	14
1.2. Évolutions actuelles et futures des mécanismes de protection européens.....	16
1.2.1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	16
1.2.2. Les traités des Nations unies relatifs aux droits de l'homme.....	17
1.2.3. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme.....	18
Points clés.....	19
Lectures complémentaires.....	20
2. LES CATÉGORIES DE DISCRIMINATION ET LES MOYENS DE DÉFENSE.....	23
2.1. Introduction.....	23
2.2. La discrimination directe.....	24
2.2.1. Un traitement moins favorable.....	25
2.2.2. Un élément de comparaison.....	25
2.2.3. Les caractéristiques protégées.....	29
2.3. La discrimination indirecte.....	32
2.3.1. Une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre.....	33
2.3.2. Un effet nettement plus défavorable sur un groupe protégé.....	34
2.3.3. Un élément de comparaison.....	35
2.4. Le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination.....	36
2.4.1. Le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination au regard des Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination.....	36
2.4.2. Le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination au regard de la Convention européenne des droits de l'homme.....	39
2.5. Les mesures spéciales ou spécifiques.....	40
Points clés.....	49

2.6.	Les moyens de défense susceptibles de justifier un traitement moins favorable admis par le droit européen de la non-discrimination.....	50
2.6.1.	Introduction.....	50
2.6.2.	Analyse du moyen de défense général.....	51
2.6.3.	Application du moyen de défense général.....	53
2.6.4.	Les moyens de défense spécifiques au titre de la législation de l'Union européenne.....	53
2.6.4.1.	L'exigence professionnelle essentielle et déterminante.....	54
2.6.4.2.	Les institutions religieuses.....	59
2.6.4.3.	Les exceptions fondées sur l'âge.....	60
	Points clés.....	63
	Lectures complémentaires.....	64
3.	LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA NON-DISCRIMINATION	67
3.1.	Introduction.....	67
3.2.	Qui jouit d'une protection au titre du droit européen de la non-discrimination?.....	68
3.3.	Le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme : article 14 et Protocole n° 12.....	70
3.3.1.	Nature de l'interdiction de la discrimination établie par la Convention.....	70
3.3.1.1.	Les droits couverts par la Convention.....	71
3.3.1.2.	La portée des droits consacrés par la Convention.....	72
3.3.1.3.	Le Protocole n° 12.....	74
3.4.	Le champ d'application des Directives de l'UE relatives à la non-discrimination.....	76
3.4.1.	L'emploi.....	76
3.4.1.1.	L'accès à l'emploi.....	76
3.4.1.2.	Les conditions d'emploi (y compris les questions en matière de licenciement et de rémunération).....	77
3.4.1.3.	L'accès à l'orientation et à la formation professionnelles.....	79
3.4.1.4.	Les organisations de travailleurs et d'employeurs.....	80
3.4.1.5.	La Convention européenne et le domaine de l'emploi.....	80
3.4.2.	L'accès au régime de prévoyance sociale et aux autres formes de sécurité sociale.....	81
3.4.2.1.	La protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé).....	82
3.4.2.2.	Les avantages sociaux.....	83
3.4.2.3.	L'éducation.....	84
3.4.2.4.	La Convention européenne et les domaines de la prévoyance sociale et de l'éducation.....	85

3.4.3. L'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services (y compris le logement).....	86
3.4.3.1. La Convention européenne et le domaine des biens et services (y compris le logement).....	89
3.4.4. L'accès à la justice	91
3.4.4.1. La Convention européenne et l'accès à la justice.....	91
3.5. Application de la Convention par-delà le droit de l'UE.....	93
3.5.1. La sphère « personnelle » : vie privée et familiale, adoption, domicile et mariage.....	93
3.5.2. La participation à la vie politique : liberté d'expression, de réunion et d'association, et élections libres.....	96
3.5.3. Les obligations procédurales pesant sur les autorités.....	97
3.5.4. Les matières relevant du droit pénal.....	99
Points clés.....	100
Lectures complémentaires.....	101
4. LES CARACTÉRISTIQUES PROTÉGÉES.....	103
4.1. Introduction.....	103
4.2. Le sexe.....	104
4.3. L'orientation sexuelle.....	113
4.4. Le handicap.....	116
4.5. L'âge.....	119
4.6. La race, l'origine ethnique, la couleur et l'appartenance à une minorité nationale.....	121
4.7. La nationalité ou l'origine nationale.....	124
4.8. La religion ou les convictions.....	129
4.9. La langue.....	132
4.10. L'origine sociale, la naissance et la fortune.....	135
4.11. Les opinions politiques ou autres.....	136
4.12. « Toute autre situation ».....	138
Points clés.....	139
Lectures complémentaires.....	139
5. LES QUESTIONS DE PREUVE DANS LE DROIT DE LA NON-DISCRIMINATION	143
5.1. Introduction.....	143
5.2. Le partage de la charge de la preuve.....	144
5.2.1. Les facteurs ne nécessitant pas d'être prouvés.....	147
5.3. Le rôle des statistiques et autres données.....	150
Points clés.....	156
Lectures complémentaires.....	156

LISTE DES AFFAIRES	159
Jurisprudence de la Cour internationale de justice	159
Jurisprudence de la Cour de justice européenne	159
Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	162
Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux	166
Jurisprudence du Comité des droits de l'homme	166
Jurisprudence des juridictions nationales	166
TABLEAU DES ACTES JURIDIQUES	169
Instruments internationaux	169
Instruments de l'Union européenne	170
AUTRES DOCUMENTS DISPONIBLES SUR CD-ROM	171
RESSOURCES EN LIGNE	173
REMARQUES RELATIVES AUX CITATIONS	175

Abréviations

CAT	Convention sur la torture
CCPR	Comité des droits de l'homme des Nations unies
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant des Nations unies
CDPH	Convention relative aux droits des personnes handicapées
CEFD	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou Convention européenne des droits de l'homme
CERD	Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale
CIEDR	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CouEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (devenue, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour de justice de l'Union européenne)
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
NU	Nations unies
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe
STE	Série des traités européens
UE	Union européenne

1

Introduction au droit européen de la non-discrimination : contexte, évolution et principes fondamentaux

Dans la présente introduction, nous nous pencherons sur les origines du droit de la non-discrimination en Europe, de même que sur les évolutions actuelles et futures du droit matériel et des procédures de protection.

Il convient de noter, d'entrée de jeu, que tant les juges que les procureurs ont l'obligation d'appliquer les garanties prévues par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « Convention européenne des droits de l'homme » ou la « CEDH ») et par les Directives de l'Union européenne (ci-après l'« UE » ou l'« Union ») relatives à la non-discrimination, même si aucune des parties à la procédure ne les invoque. Les juridictions et autres organes chargés de rendre la justice au niveau national ne sont pas limités par les arguments juridiques avancés par les parties, mais doivent déterminer la législation applicable sur la base du cadre factuel présenté par les parties concernées. En substance, cela signifie que ce sont en réalité les arguments invoqués et les preuves produites qui déterminent la manière dont va pouvoir prospérer une allégation de discrimination dans le cadre d'une procédure. Cette situation découle des principes directeurs mis en exergue dans chaque système juridique, tels que l'effet direct du droit de l'UE dans les 27 États membres qui composent l'Union européenne et l'applicabilité directe reconnue à la CEDH, en vertu de laquelle tous les États membres de l'UE et du Conseil de l'Europe sont tenus de respecter ladite Convention. Il existe néanmoins une restriction importante à cette exigence, à savoir les délais de prescription éventuellement applicables : avant de requérir l'application des garanties contre la discrimination, les praticiens du droit doivent se familiariser avec les délais

de prescription qui peuvent être applicables dans l'ordre juridique concerné et déterminer si la juridiction qu'ils envisagent de saisir peut connaître du litige.

Il résulte de ce qui précède qu'en pratique les professionnels du droit sont en mesure, dans les cas qui le demandent, d'invoquer devant les administrations et juridictions nationales lesdits instruments en matière de non-discrimination et la jurisprudence s'y rapportant.

Il est donc impératif qu'ils connaissent les systèmes juridiques en vigueur dans le domaine de la non-discrimination, leurs conditions d'application et la manière dont ils s'appliquent dans des situations déterminées.

1.1. Contexte et historique du droit européen de la non-discrimination

L'expression « droit européen en matière de non-discrimination » semble suggérer qu'il existe, dans le domaine de la lutte contre la discrimination, un système juridique unique pour l'ensemble de l'Europe. Or tel n'est pas le cas puisque ce droit recouvre, en réalité, une multitude de contextes différents. Les informations fournies dans le présent manuel reposent, principalement, sur les dispositions de la CEDH et des Directives de l'UE. Ces deux systèmes juridiques ont des origines distinctes, tant en ce qui concerne leur date de création qu'en ce qui concerne leur raison d'être.

1.1.1. Le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme

Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale qui a vu le jour après la Seconde Guerre mondiale, dans le but de promouvoir, entre autres, la prééminence du droit, la démocratie, les droits de l'homme et le développement social (voir le préambule et l'article 1^{er} du Statut du Conseil de l'Europe). Afin de contribuer à la réalisation de cet objectif, les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté la CEDH, qui constitue le premier traité moderne relatif aux droits de l'homme et s'inspire de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies. En adhérant à cette Convention, toutes les parties signataires assument l'obligation juridiquement contraignante de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction (et pas seulement à leurs ressortissants) toute une série de droits et de libertés. La mise en œuvre de la CEDH est contrôlée par la Cour européenne des droits de l'homme

(à l'origine assistée par une Commission), qui connaît des recours formés contre des États membres. Le Conseil de l'Europe compte actuellement 47 membres ; tout État souhaitant devenir membre du Conseil de l'Europe doit aussi adhérer à la CEDH.

Depuis son élaboration en 1950, la CEDH a été modifiée et complétée par des documents appelés « Protocoles ». La plus importante modification procédurale apportée au système de la Convention l'a été par le Protocole n° 11 (adopté en 1994), qui a aboli la Commission et fait de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « CouEDH ») un organe permanent exerçant ses activités à temps plein. Ce Protocole visait à renforcer les mécanismes établis par la Convention, compte tenu de la multiplication des affaires à laquelle il fallait s'attendre avec l'adhésion au Conseil de l'Europe, après la chute du mur de Berlin et l'effondrement de l'Union soviétique, des États de l'Est de l'Europe.

L'interdiction de la discrimination est établie par l'article 14 de la Convention¹, qui garantit l'égalité de traitement dans la jouissance des autres droits reconnus dans cet instrument. Le Protocole n° 12 (adopté en 2000) à la CEDH, non encore ratifié par tous les États membres de l'Union européenne², étend le champ de l'interdiction de la discrimination, en garantissant l'égalité de traitement dans la jouissance de tout droit prévu par la loi (y compris les droits reconnus par les législations nationales). Il ressort du rapport explicatif au Protocole n° 12 que ce dernier résulte de la volonté de renforcer l'un des éléments fondamentaux du droit international en matière de droits de l'homme, à savoir la protection contre la discrimination. L'élaboration de ce Protocole a fait suite à diverses discussions sur la possibilité d'améliorer, notamment, l'égalité entre les sexes et entre les races.

Bien qu'il ne s'agisse pas de l'un des thèmes centraux du présent manuel, il y a lieu de souligner que le principe de non-discrimination constitue un principe directeur dans nombre de documents du Conseil de l'Europe. Il importe aussi de noter que la version de la Charte sociale européenne de 1996 garantit tant le droit à l'égalité des chances que le droit à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe³. De plus, une protection supplémentaire

- 1 Un guide de formation, sous forme de présentation PowerPoint, concernant l'application de l'article 14 de la CEDH peut être consulté sur la page « Formation aux droits de l'homme pour des professionnels du droit » du site internet du Conseil de l'Europe: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=2.
- 2 Pour connaître le nombre exact d'États membres de l'UE ayant ratifié le Protocole n° 12, veuillez consulter le site suivant: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=FRE>.
- 3 Voir l'article 20 et la partie V, article E, de la Charte sociale européenne.

contre la discrimination est assurée par la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales⁴, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains⁵ et la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics. Le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité protège également les individus contre toute tentative d'encouragement ou d'incitation à la discrimination. La nécessité de lutter contre la discrimination a clairement influencé l'élaboration des documents juridiques du Conseil de l'Europe et la non-discrimination est désormais perçue comme une liberté fondamentale qu'il convient de protéger.

1.1.2. L'Union européenne et les directives relatives à la non-discrimination

Créée à l'origine comme une organisation intergouvernementale, l'Union européenne constitue aujourd'hui une entité juridique distincte, qui compte actuellement 27 États membres. L'Union est issue de trois organisations intergouvernementales distinctes, établies dans les années 50 en vue d'assurer la sécurité énergétique et le libre échange, et baptisées collectivement les « Communautés européennes ». Celles-ci avaient pour objet de stimuler le développement économique grâce à la libre circulation des personnes, des marchandises et des services entre les États membres. Afin de garantir des conditions de concurrence équitables entre les États membres, le traité initial de 1957 — Traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après le « Traité CE ») — contenait une disposition interdisant toute discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. Celle-ci visait à empêcher qu'un État membre puisse acquérir un avantage concurrentiel par rapport à un autre en appliquant des taux de rémunération inférieurs ou en établissant des conditions de travail moins favorables pour les femmes. Bien que le droit communautaire ait considérablement évolué au fil du temps, pour finir par couvrir des domaines tels que les pensions, la grossesse et les régimes légaux de sécurité sociale, il n'en reste pas moins que, jusqu'en 2000, la législation en vigueur dans l'Union européenne en matière de non-discrimination s'appliquait exclusivement aux domaines de l'emploi et de la sécurité sociale, et prohibait uniquement la discrimination fondée sur le sexe.

4 Voir l'article 4, l'article 6, paragraphe 2, et l'article 9 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales.

5 Voir l'article 2, paragraphe 1, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

Au cours des années 90, des groupes de la société civile ont exercé d'importantes pressions afin que l'interdiction de la discrimination prévue par le droit communautaire soit étendue à d'autres motifs de discrimination, tels que la race et l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses, l'âge et le handicap. La crainte d'une résurgence du nationalisme extrémiste dans certains États membres de l'UE a fait naître une volonté politique suffisante, parmi les dirigeants européens, pour procéder à une modification du Traité CE donnant compétence à la Communauté pour légiférer dans ces domaines.

Durant l'année 2000, deux Directives ont été adoptées : la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE), qui a interdit toute discrimination fondée sur les convictions religieuses, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans le domaine de l'emploi, et la Directive sur l'égalité raciale, qui a interdit toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans le domaine de l'emploi, mais aussi en matière d'accès à la protection et à la sécurité sociales ainsi qu'aux biens et aux services. Ces deux Directives ont marqué une étape cruciale dans l'élargissement du champ d'application du droit de l'UE, en reconnaissant que, pour que les individus aient toutes leurs chances de trouver un emploi sur le marché du travail, il est essentiel de leur garantir l'égalité d'accès à des domaines tels que la santé, l'éducation et le logement. En 2004, la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services a étendu le champ d'application de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe au domaine des biens et services. Néanmoins, la protection contre la discrimination fondée sur le sexe ne correspond pas exactement à la portée de la protection prévue par la Directive sur l'égalité raciale, dans la mesure où la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale garantit l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale uniquement et ne l'étend pas au régime plus vaste de l'assistance sociale (qui inclut la protection sociale et l'accès aux soins de santé et à l'éducation).

À l'heure actuelle, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses, le handicap et l'âge sont reconnus comme des motifs de discrimination prohibés uniquement en matière d'emploi et de travail. Cependant, une proposition de directive (dite « horizontale ») est en cours d'examen au sein des institutions de l'UE, en vue d'étendre la protection contre la discrimination fondée sur ces motifs au domaine de l'accès aux biens et aux services.

1.2. Évolutions actuelles et futures des mécanismes de protection européens

1.2.1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Les traités fondateurs des Communautés européennes ne contenaient aucune référence aux droits de l'homme ou à la protection de ces droits car nul n'avait imaginé que la création d'une zone de libre échange en Europe pourrait avoir une quelconque incidence sur les droits de l'homme. Toutefois, au fur et à mesure qu'elle a été saisie de recours fondés sur des violations des droits de l'homme par la législation communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes (devenue, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour de justice de l'Union européenne) a élaboré un ensemble de règles jurisprudentielles qui constituent ce que l'on appelle les « principes généraux du droit communautaire »⁶. De l'avis de la Cour de justice, ces principes généraux reflètent la teneur des dispositions visant à protéger les droits de l'homme dans les constitutions nationales et les traités relatifs aux droits de l'homme (tels que la CEDH, notamment). La Cour de justice s'est engagée à assurer la conformité du droit de l'UE à ces principes.

Reconnaissant que les politiques de l'UE pourraient avoir une incidence sur les droits de l'homme et soucieux de rapprocher l'Union de ses citoyens, l'UE et ses États membres ont proclamé, en 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celle-ci établit une liste des droits de l'homme qui s'inspire des droits consacrés par les constitutions des États membres, la CEDH et les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, dont la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Lors de son adoption en 2000, la Charte se résumait à une simple « déclaration » et n'avait donc pas force obligatoire, quoique la Commission européenne (le principal organe ayant compétence pour présenter de nouvelles propositions d'actes législatifs) eût déclaré veiller à ce que ses propositions se conforment aux dispositions de la Charte.

6 À la suite des modifications introduites par le Traité de Lisbonne, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est devenue la Cour de justice de l'Union européenne (en abrégé, la « Cour de justice »). Toutefois, nous continuerons dans le présent manuel à nous référer à la « CJCE » afin d'éviter toute confusion, étant donné que la plupart des documents existants que les praticiens du droit souhaitent peut-être consulter ont été publiés avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en décembre 2009.

Avec l'entrée en vigueur en 2009 du Traité de Lisbonne, la Charte s'est vu conférer une force juridique contraignante. Il s'ensuit que les institutions de l'Union européenne sont juridiquement tenues de s'y conformer. Les États membres ont aussi l'obligation de respecter les dispositions de la Charte, mais uniquement lorsqu'ils transposent et appliquent le droit de l'UE. Un Protocole à la Charte énonçant cette restriction en termes exprès a été adopté relativement à la République tchèque, à la Pologne et au Royaume-Uni. Dans la suite du présent manuel, nous reviendrons plus en détail sur l'article 21 de la Charte, qui interdit les discriminations fondées sur un certain nombre de motifs. Les individus qui estiment que la législation européenne ou une législation nationale transposant le droit de l'UE ne respecte pas les dispositions de la Charte ont dès lors la possibilité de former un recours. Dans ce cas, les juridictions nationales peuvent saisir la CJCE de questions préjudicielles sur l'interprétation correcte du droit de l'UE, en usant de la procédure du renvoi préjudiciel prévue par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

1.2.2. Les traités des Nations unies relatifs aux droits de l'homme

Il va de soi que les instruments de protection des droits de l'homme ne se limitent pas à l'Europe. À l'instar d'autres mécanismes régionaux introduits en Amérique, en Afrique et au Moyen-Orient, de nombreux textes relatifs aux droits de l'homme de portée internationale ont été mis en place par les Nations unies. Tous les États membres de l'UE sont parties aux traités suivants des Nations unies, qui contiennent tous une interdiction de la discrimination : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁷, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)⁸, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEFDR)⁹, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEFDF)¹⁰, la Convention contre la torture (CAT)¹¹ et la Convention relative aux droits

7 Recueil des traités des Nations unies, vol. 999, p. 171.

8 Recueil des traités des Nations unies, vol. 993, p. 3.

9 Recueil des traités des Nations unies, vol. 660, p. 195.

10 Recueil des traités des Nations unies, vol. 1249, p. 13.

11 Recueil des traités des Nations unies, vol. 1465, p. 85.

de l'enfant (CDE)¹². Le dernier en date des traités adoptés par les Nations unies est la Convention de 2006 relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)¹³. Traditionnellement, seuls les États peuvent adhérer aux traités relatifs aux droits de l'homme. Néanmoins, considérant que les États coopèrent de plus en plus avec des organisations intergouvernementales auxquelles ils délèguent des responsabilités et pouvoirs conséquents, il importe de s'assurer sans tarder que les organisations intergouvernementales s'engagent elles aussi à exécuter les obligations prises en matière de droits de l'homme par les États membres qu'elles représentent. La CDPH est le premier traité des Nations unies relatif aux droits de l'homme auquel des organisations d'intégration régionale peuvent adhérer. L'UE l'a ratifié en décembre 2010.

La CDPH dresse une liste complète des droits des personnes handicapées, en vue de garantir à ces dernières l'égalité de jouissance de leurs droits, et elle impose aux États toute une série d'obligations qui impliquent l'adoption de mesures positives à cet effet. Au même titre que la Charte, elle lie les institutions de l'UE et a aussi force contraignante pour les États membres lorsque ceux-ci transposent et appliquent le droit de l'UE. En outre, divers États membres se sont engagés, à titre individuel, sur la voie de la ratification de la CDPH, laquelle aura pour effet de leur imposer directement des obligations. La CDPH est appelée à devenir un point de référence pour l'interprétation du droit de l'UE et de la CEDH en ce qui concerne la discrimination fondée sur le handicap.

1.2.3. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

Il existe à l'heure actuelle des liens étroits entre le droit de l'UE et la CEDH. Tous les États membres de l'UE ont adhéré à la Convention et, comme souligné ci-dessus, la CJCE s'inspire de la Convention lorsqu'elle doit déterminer le champ d'application de la protection assurée par le droit de l'UE en matière de droits de l'homme. De plus, la Charte des droits fondamentaux reflète les droits définis par la Convention (sans

12 Recueil des traités des Nations unies, vol. 1577, p. 331. De plus, certains États membres sont aussi parties à la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (Doc. NU A/61/611 du 13 décembre 2006) et à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (Doc. NU A/61/488 du 20 décembre 2006). Toutefois, aucun État membre n'a encore ratifié la Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille (Doc. NU A/RES/45/158 du 1^{er} juillet 2003).

13 Doc. NU A/61/611 du 13 décembre 2006.

pour autant se limiter à ceux-ci). Il n'est dès lors pas surprenant que le droit de l'UE concorde largement avec la CEDH, bien que l'UE n'ait pas concrètement adhéré à la Convention. Pour autant, si un individu estime que l'Union a manqué à son obligation de garantir le respect des droits de l'homme et souhaite porter plainte, il n'a pas la faculté de saisir la CouEDH d'un recours contre l'Union. Deux solutions s'offrent à lui : former un recours devant une juridiction nationale, qui pourra ultérieurement porter l'affaire devant la CJCE par le biais d'un renvoi préjudiciel, ou saisir la CouEDH d'une plainte dirigée contre un État membre mais mettant indirectement en cause l'Union.

Le Traité de Lisbonne contient une disposition autorisant l'Union européenne à adhérer en tant que telle à la CEDH, et le Protocole n° 14 à la CEDH a modifié cette dernière afin de permettre cette adhésion. Il est encore difficile de déterminer avec précision quel sera l'effet de la ratification de la Convention par l'Union et, notamment, quelles seront les relations futures entre la CJCE et la CouEDH, dans la mesure où les négociations pour l'adhésion de l'Union pourraient durer plusieurs années. Cependant, cette adhésion permettra, à tout le moins, à tout individu de traduire l'Union devant la CouEDH pour non-respect de la CEDH.

Points clés

- Tant le droit de l'UE que la CEDH garantissent une protection contre la discrimination en Europe. Bien que ces deux systèmes juridiques soient, dans une large mesure, complémentaires et qu'ils se renforcent mutuellement, ils présentent aussi certaines divergences dont les professionnels du droit doivent être conscients.
- La CEDH protège tous les individus relevant de la juridiction des 47 États membres qui l'ont ratifiée, alors que les Directives de l'UE relatives à la non-discrimination protègent uniquement les ressortissants des 27 États membres.
- L'article 14 de la CEDH n'interdit la discrimination que pour autant qu'elle se rattache à l'exercice d'un autre droit garanti par la Convention, tandis que le Protocole n° 12 confère à l'interdiction de la discrimination un caractère autonome.
- En vertu du droit de l'UE en matière de non-discrimination, l'interdiction de la discrimination est autonome, mais elle se limite à certains domaines particuliers, tels que l'emploi.
- Les institutions de l'UE sont juridiquement tenues d'observer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, y compris ses dispositions sur la non-discrimination. Les États membres de l'UE doivent aussi respecter les dispositions de la Charte lorsqu'ils transposent et appliquent le droit de l'UE.
- L'UE va adhérer à la CPDH et à la CEDH. L'Union sera placée sous la supervision d'organes de contrôle externes, et les particuliers pourront saisir directement la CouEDH d'une plainte pour violation alléguée de la Convention par l'UE.

Lectures complémentaires

Bamforth, N., Malik, M., et O'Connell, C., *Discrimination Law: Theory and Context* [Le droit de la discrimination : théorie et contexte], Sweet and Maxwell, Londres, 2008, chapitre 1 « Key Issues and Questions in Discrimination Law » [Problèmes clés et questions concernant le droit de la discrimination], chapitre 2 « Sources and Scope of Domestic Discrimination Law » [Sources et champ d'application du droit de la discrimination].

Barnard, C., *EC Employment Law* [La législation communautaire en matière d'emploi], 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, chapitre 1 « The Evolution of "EC" Social Policy » [L'évolution de la politique sociale des Communautés européennes].

Besson, S., *The European Union and Human Rights: « Towards a Post-National Human Rights Institution? »* [L'Union européenne et les droits de l'homme : vers une nouvelle institution post-nationale en faveur des droits de l'homme ?], *Human Rights Law Journal*, Vol. 6, 2006, p. 323.

Butler, I., « A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms » [Analyse comparative d'une requête individuelle dans le cadre des mécanismes régionaux et mondiaux de protection des droits de l'homme], *University of Queensland Law Journal*, Vol. 23, 2004, p. 22.

Chalmers, D., et al., *European Union Law: Text and Materials* [Le droit de l'Union européenne : actes et documentation], 2^e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2010, chapitre 1 « European integration and moving beyond the Constitutional Treaty » [Intégration européenne et évolution vers le traité constitutionnel], chapitre 2 « EU Institutions » [Les institutions de l'UE] et chapitre 6 « Fundamental Rights » [Droits fondamentaux].

Costello, C., « The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe » [L'arrêt Bosphorus de la Cour européenne des droits de l'homme : les droits fondamentaux et l'estompement des frontières au sein de l'Europe], *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, p. 87.

Craig, P., et De Burca, G., *EU Law: Text, Cases and Materials* [Le droit de l'Union européenne : actes, affaires et documentation], 4^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2008, chapitre 1 « The Development of European Integration » [Le développement de l'intégration européenne], chapitre 11 « Human Rights in the EU » [Les droits de l'homme dans l'Union européenne].

Eicke, T., « The European Charter of Fundamental Rights — Unique Opportunity or Unwelcome Distraction » [La Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne : une opportunité unique ou une distraction malvenue], *European Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2000, p. 280.

Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law* [La législation anti-discrimination de l'Union européenne], Oxford University Press, Oxford, 2005, chapitre 1 « Introduction » [Introduction].

Equinet, *Interprétation dynamique — La législation anti-discrimination européenne dans la pratique*, volumes I à IV, disponibles à l'adresse suivante : www.equineteurope.org/equinetpublications.html.

Fitzpatrick, B., *et al.*, « The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article » [La conférence intergouvernementale de 1996 et les perspectives d'un article du traité relatif à la non-discrimination], *Industrial Law Journal*, vol. 25, n° 4, 1996, p. 320.

Guliyev, « Interdiction générale de la discrimination : droit fondamental ou droit de "second rang" ? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009 », *L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique*, n° 31, 2010.

Heringa, A.W., et Verhey, L., « The EU Charter : Text and Structure » [La Charte de l'Union européenne : texte et structure], *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8, 2001, p. 11.

Llorente, F.R., « A Charter of Dubious Utility » [Une Charte d'une utilité douteuse], *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, n° 3, 2003, p. 405.

Martin, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 69, 2007.

Quesada Segura, « La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea », *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, extraordinary number [numéro hors série], 2008.

Royer, A., *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010/2009.

Sadurski, W., « Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments » [Créer un partenariat avec Strasbourg : la constitutionnalisation de la Cour européenne des droits de l'homme,

l'adhésion des États d'Europe centrale et orientale au Conseil de l'Europe et l'idée d'arrêts pilotes], *Human Rights Law Review*, Vol. 9, 2009, p. 397.

Syrpis, P., « The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What? » [Le traité de Lisbonne : beaucoup de bruit... mais à propos de quoi?], *Industrial Law Journal*, Vol. 37, n° 3, 2008, p. 219.

Tulkens, « L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Carlier (éd.), *L'étranger face au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2010.

2

Les catégories de discrimination et les moyens de défense

2.1. Introduction

Le droit de la non-discrimination vise à garantir à tous les individus un accès équitable et juste aux opportunités qui se présentent dans une société. Chaque jour, nous sommes amenés à faire des choix concernant, par exemple, les personnes avec lesquelles nous souhaitons tisser des liens, les endroits où nous faisons nos courses, ou notre lieu de travail. Nous affichons ainsi notre préférence pour certaines choses ou certaines personnes, plutôt que pour d'autres. Quoiqu'il soit courant et normal d'exprimer ses préférences subjectives, il peut arriver que nous exerçons des fonctions nous conférant une certaine autorité ou nous autorisant à prendre des décisions susceptibles d'avoir une incidence directe sur la vie d'autres personnes. Que nous soyons fonctionnaires, commerçants, employeurs, propriétaires ou médecins, par exemple, nous sommes amenés à décider de la manière d'utiliser les pouvoirs publics ou d'offrir des biens et services privés. Dans ces contextes non personnels, le droit de la non-discrimination intervient dans nos choix de deux façons.

En premier lieu, ce droit stipule que les personnes placées dans des situations comparables doivent recevoir un traitement comparable et qu'aucune d'entre elles ne doit être traitée de façon moins favorable au simple motif qu'elle présente une certaine caractéristique. Le non-respect de ce principe constitue une discrimination « directe ». La CEDH n'autorise la discrimination directe que dans le cas où l'auteur de celle-ci peut soulever une exception générale justifiant objectivement le traitement discriminatoire. En ce qui concerne le droit de l'UE, les motifs susceptibles de justifier une discrimination directe se révèlent assez limités.

Le droit de la non-discrimination interdit que des personnes ou groupes de personnes placés dans une situation identique soient traités différemment et que des personnes ou groupes de personnes placés dans des situations différentes soient traités de manière identique¹⁴.

En second lieu, le droit de la non-discrimination prévoit qu'une personne se trouvant dans une situation différente doit recevoir un traitement différent dans la mesure où cela est nécessaire pour lui permettre de profiter d'opportunités particulières sur la même base que d'autres personnes. La prise en considération des « motifs de discrimination prohibés » s'impose donc lors de la mise à exécution de toute pratique particulière ou lors de l'élaboration de règles parti-

culières. Le non-respect de ce principe constitue ce qu'il est convenu d'appeler une discrimination « indirecte ». Quelle que soit la forme qu'elle revêt, et que l'allégation de discrimination tire son fondement de la CEDH ou du droit de l'UE, la discrimination indirecte ne peut être considérée comme acceptable que si elle repose sur une justification objective.

Dans le présent chapitre, nous examinerons plus en détail les notions de discrimination directe et de discrimination indirecte, certaines de leurs manifestations particulières, telles que le harcèlement ou l'injonction à pratiquer la discrimination, et la manière dont celles-ci se concrétisent dans le cadre de la jurisprudence. Nous nous pencherons ensuite sur les moyens de défense pouvant être utilement opposés à une allégation de discrimination.

Une discrimination directe se produit quand

- une personne est traitée de manière moins favorable
- qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable
- et quand cette différence de traitement se fonde sur le fait que la personne présente une caractéristique particulière s'inscrivant parmi les motifs de discrimination prohibés.

2.2. La discrimination directe

La discrimination directe est définie de manière similaire dans la CEDH et dans le droit de l'UE. L'article 2, paragraphe 2, de la Directive de l'UE relative à l'égalité raciale dispose qu'« une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »¹⁵. Selon la formule utilisée par la CouEDH, « il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans

¹⁴ Voir, par exemple, *Hoogendijk c. Pays-Bas* (déc.), n° 58641/00, CouEDH, 6 janvier 2005.

¹⁵ Voir aussi: article 2, paragraphe 2, point a), de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 2, paragraphe 1, point a), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 2, point a), de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services.

des situations analogues ou comparables » et cette différence de traitement doit être « fondée sur une caractéristique identifiable »¹⁶.

2.2.1. Un traitement moins favorable

La différence de traitement dont une personne fait l'objet représente l'élément central de toute discrimination directe. Pour établir l'existence d'une discrimination directe, il convient donc, avant toute chose, de prouver que la victime présumée a été traitée de manière moins favorable que d'autres personnes. Contrairement aux cas de discrimination indirecte, pour lesquels il est souvent nécessaire d'avoir recours à des données statistiques (voir *infra*), cette preuve peut être relativement aisée à trouver dans le contexte d'une discrimination directe. Voici quelques exemples de cas de discrimination directe auxquels il est fait référence dans le présent manuel : refus d'accès à un restaurant ou à un magasin ; perception d'une pension ou d'une rémunération de montant inférieur ; abus de langage ou actes de violence ; refus d'accès à un territoire lors du passage à un poste de contrôle ; mise à la retraite à un âge supérieur ou inférieur à l'âge légal ; interdiction d'accéder à une profession déterminée ; impossibilité de faire valoir ses droits successoraux ; exclusion du système d'enseignement général ; expulsion ; interdiction du port de symboles religieux ; refus ou retrait du droit à telle ou telle prestation de sécurité sociale.

2.2.2. Un élément de comparaison

Un traitement déterminé sera pertinent pour établir un cas de discrimination s'il est prouvé qu'il est moins favorable que celui réservé à une autre personne placée dans une situation similaire. Un grief tiré d'une « faible » rémunération ne constitue pas une allégation de discrimination, à moins qu'il ne puisse être démontré que la rémunération est inférieure à celle octroyée à une autre personne engagée par le même employeur pour effectuer une tâche comparable. C'est pourquoi il importe de disposer d'un « élément de comparaison », c'est-à-dire d'une personne qui se trouve dans des circonstances matériellement similaires, la principale différence entre les deux personnes comparées étant la caractéristique protégée par le droit de la non-discrimination. Les affaires citées dans le présent manuel montrent que la preuve d'un élément de comparaison ne suscite souvent guère de controverses et qu'il peut même arriver que ni les parties au litige ni la juridiction saisie n'évoquent explicitement la question de l'élément de comparaison. Vous trouverez ci-après

¹⁶ *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, § 61, CouEDH, 16 mars 2010. Voir aussi : *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 175, CouEDH, 13 novembre 2007 ; *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CouEDH, 29 avril 2008.

quelques exemples d'affaires dans le cadre desquelles la question de la preuve de l'existence d'un comparateur a été expressément soulevée par l'instance appelée à statuer.

Exemple : dans l'affaire *Moustaquim*, un ressortissant marocain avait été inculpé pour plusieurs infractions pénales et avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion¹⁷. Il alléguait que cet arrêté constituait un traitement discriminatoire et invoquait une discrimination fondée sur la nationalité, faisant valoir que les ressortissants belges inculpés d'une infraction pénale ne pouvaient être expulsés. Relevant que la CEDH interdisait aux États d'expulser leurs propres ressortissants, la CouEDH a considéré que le requérant n'était pas dans une situation comparable à celle des ressortissants belges. Elle en a conclu que l'expulsion de l'intéressé ne constituait pas un traitement discriminatoire. En revanche, elle a reconnu que le requérant se trouvait dans une situation comparable à celle des ressortissants d'autres États membres de l'UE, que la législation de l'UE relative à la libre circulation des personnes protégeait contre l'expulsion. Cependant, elle a jugé que la différence de traitement était justifiée.

Exemple : dans l'affaire *Allonby*, la requérante, qui travaillait comme chargée de cours dans un collège, n'avait pas obtenu le renouvellement de son contrat¹⁸. Elle avait ensuite travaillé pour une société fournissant des chargés de cours à des établissements scolaires. Cette société avait affecté la requérante à un poste dans l'ancien collège où elle avait travaillé, afin d'y effectuer les mêmes tâches qu'auparavant, mais en lui octroyant une rémunération inférieure à celle que le collège lui versait. Elle invoquait une discrimination fondée sur le sexe, alléguant que les chargés de cours masculins qui travaillaient pour ce même collège étaient mieux payés. La CJCE a estimé que les chargés de cours masculins employés par le collège n'étaient pas dans une situation comparable, étant donné que le collège ne pouvait déterminer à la fois le niveau de rémunération du chargé de cours masculin qu'il employait directement et celui de la requérante qui était employée par une société externe. Par conséquent, la requérante et le chargé de cours masculin n'étaient pas dans une situation suffisamment comparable.

17 *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86, CouEDH, 18 février 1991.

18 Arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004 dans l'affaire C-256/01, *Allonby c. Accrington & Rossendale College*, Recueil 2004, p. I-873.

Exemple : dans l'affaire *Luczak*, un agriculteur français, vivant et exerçant ses activités en Pologne, avait formé un recours contre le gouvernement polonais en raison du refus de ce dernier de faire droit à sa demande d'affiliation à un régime spécial de la sécurité sociale polonais — établi spécifiquement pour soutenir les agriculteurs polonais — au motif que ce régime n'était pas ouvert aux non-ressortissants¹⁹. La CouEDH a estimé que le requérant se trouvait dans une situation comparable à celle des agriculteurs polonais, qui bénéficiaient de ce régime, puisqu'il participait en tant que contribuable au financement du régime agricole et qu'il avait été précédemment affilié au régime général de la sécurité sociale.

Exemple : dans l'affaire *Richards*, la requérante, qui avait subi une opération chirurgicale de conversion du sexe masculin au sexe féminin, avait cherché en vain à obtenir le bénéfice d'une pension de retraite à compter de son soixantième anniversaire, âge auquel les femmes étaient admises au droit à pension au Royaume-Uni²⁰. Le gouvernement soutenait qu'elle n'avait pas reçu un traitement moins favorable que celui réservé aux autres personnes placées dans une situation comparable. Il estimait que c'était aux hommes qu'il y avait lieu de la comparer, dans la mesure où elle avait vécu en tant qu'homme jusqu'à son opération. La CJCE a estimé, au contraire, que l'élément de comparaison adéquat était les femmes, puisque la législation nationale reconnaissait à toute personne le droit de changer de sexe, et que la requérante avait fait l'objet d'une différence de traitement par rapport aux autres femmes, dès lors qu'un âge de retraite plus élevé que celui reconnu à ces dernières lui avait été imposé.

Exemple : l'affaire *Burden c. Royaume-Uni*²¹ concernait deux sœurs qui cohabitaient depuis 31 ans dans une maison dont elles étaient copropriétaires. Chacune d'elles avait rédigé un testament en vertu duquel elle léguait à l'autre sa part du bien immobilier. Les requérantes se plaignaient que, lorsque l'une d'elles viendrait à décéder, la survivante aurait à payer des droits de succession sur la part de la maison lui revenant car la valeur de leur propriété excédait le seuil d'exonération des droits de succession. Elles alléguaient être victimes d'un traitement discriminatoire dans la jouissance de leur droit de propriété, faisant

19 *Luczak c. Pologne*, n° 77782/01, CouEDH, 27 novembre 2007 ; voir aussi *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, CouEDH, 16 septembre 1996.

20 Arrêt de la CJCE du 27 avril 2006 dans l'affaire C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Recueil 2006, p. I-3585.

21 *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, CouEDH, 29 avril 2008.

valoir que, dans les mêmes circonstances, les couples mariés ou ayant constitué un partenariat civil étaient exonérés de droits de succession. La CouEDH a estimé que, en tant que sœurs, les requérantes ne pouvaient pas se comparer à deux conjoints ou partenaires civils vivant ensemble. Le mariage ou le partenariat civil est un acte par lequel deux personnes décident expressément et délibérément de s'engager afin de créer entre elles un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel. La relation des requérantes se fondait sur la consanguinité et était, dès lors, fondamentalement différente.

Exemple : dans l'affaire *Carson et autres c. Royaume-Uni*, les requérants se plaignaient du fait que le gouvernement britannique ne revalorisait pas les pensions des retraités résidant à l'étranger au même titre que celles des retraités vivant au Royaume-Uni²². En vertu de la législation britannique, la revalorisation des pensions était appliquée uniquement aux personnes résidant au Royaume-Uni et aux pensionnés britanniques installés dans des pays ayant conclu avec le Royaume-Uni des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale. Ne vivant pas dans un État ayant conclu pareil accord, les requérants faisaient valoir qu'ils étaient victimes d'une discrimination fondée sur leur lieu de résidence. La CouEDH a cependant rejeté l'argument des requérants selon lequel ils se trouvaient dans une situation similaire à celle des pensionnés vivant au Royaume-Uni ou à celle des pensionnés britanniques installés dans des pays ayant conclu avec le Royaume-Uni des accords de réciprocité. Elle a considéré que, si ces différents groupes contribuaient tous à alimenter les recettes du gouvernement par leurs cotisations à l'assurance nationale, celles-ci ne constituaient pas un fonds de pension, mais plutôt un revenu public général servant à financer diverses dépenses publiques. En outre, la CouEDH a fait observer que l'obligation du gouvernement de revaloriser les pensions était liée à l'augmentation du coût de la vie au Royaume-Uni. En conséquence, les requérants ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle des pensionnés vivant au Royaume-Uni. Partant, ils n'avaient pas fait l'objet d'un traitement discriminatoire.

La discrimination fondée sur le fait qu'une femme est enceinte semble être le seul cas de discrimination — du moins dans le cadre du droit de l'Union européenne en matière d'emploi — faisant exception à l'obligation de trouver un « élément de comparaison » adéquat. Dans le cadre d'une jurisprudence constante, initiée

²² *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CouEDH, 16 mars 2010.

par l'arrêt de principe *Dekker*, la CJCE a établi que, lorsqu'un préjudice subi par une personne est dû au fait que l'intéressée est enceinte, ce préjudice doit être considéré comme constituant une discrimination directe fondée sur le sexe, sans qu'il y ait lieu de déterminer un élément de comparaison²³.

2.2.3. Les caractéristiques protégées

Dans le chapitre 4, nous examinerons les diverses caractéristiques protégées par le droit européen de la non-discrimination : le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap, l'âge, la race, l'origine ethnique, l'origine nationale, et la religion ou les convictions. La présente partie portera essentiellement sur l'exigence d'un lien de causalité entre le traitement moins favorable et la caractéristique protégée. Pour déterminer si cette exigence est satisfaite, il suffit de se poser la question suivante : la personne concernée aurait-elle été traitée de manière moins favorable si elle avait été de sexe différent ou de race différente, si elle avait eu un autre âge ou si elle n'avait pas présenté une particularité correspondant à l'une quelconque des autres caractéristiques protégées ? Si la réponse à cette question est positive, il peut être clairement établi que le traitement moins favorable est imputable à la caractéristique en cause.

La règle ou la pratique appliquée n'impose pas nécessairement de mentionner de façon explicite la « caractéristique protégée », dès lors qu'il est fait référence à un autre facteur indissociable de la caractéristique en question. Pour savoir si une discrimination directe a eu lieu, il convient, en substance, de déterminer si le traitement moins favorable se fonde sur une « caractéristique protégée » qui ne peut pas être distinguée du facteur particulier faisant l'objet de la plainte.

Exemple : l'affaire *James c. Eastleigh Borough Council* portait sur le fait que M. James, 61 ans, avait dû payer un droit d'entrée pour accéder à une piscine située sur le territoire d'Eastleigh, alors qu'aucun droit d'entrée n'avait été demandé à son épouse, M^{me} James, du même âge²⁴. Seule M^{me} James pouvait bénéficier d'une entrée gratuite car elle était retraitée, tandis que M. James ne l'était pas encore, puisque l'âge légal de la retraite au Royaume-Uni était fixé

23 Arrêt de la CJCE du 8 novembre 1990 dans l'affaire C-177/88, *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Recueil 1990, p. I-3941. Voir aussi l'arrêt de la CJCE du 14 juillet 1994 dans l'affaire C-32/93, *Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Recueil 1994, p. I-3567.

24 Arrêt de la Chambre des Lords du Royaume-Uni du 14 juin 1990 dans l'affaire *James c. Eastleigh Borough Council*, Recueil 1990.

à 65 ans pour les hommes et à 60 ans pour les femmes. Même si la règle de la piscine concernant l'entrée gratuite se basait sur la possession ou non du statut de « retraité », l'admissibilité à la retraite dépendait du sexe de la personne. La Chambre des Lords du Royaume-Uni a donc conclu que si M. James avait été une femme il aurait été traité de la même façon que sa femme. Elle a considéré, de surcroît, que l'intention et la motivation invoquées pour justifier le traitement accordé à M. James n'étaient pas pertinentes, l'attention étant accordée exclusivement au traitement en lui-même.

Exemple : l'affaire *Maruko* concernait un couple homosexuel ayant conclu un partenariat de vie²⁵. À la suite du décès de son partenaire, le requérant avait sollicité le bénéfice d'une « pension de survie » auprès de la société qui gérait le régime obligatoire de prévoyance professionnelle auquel le partenaire défunt était affilié. Ladite société avait rejeté la demande au motif que les pensions de survie étaient octroyées uniquement aux époux et que le demandeur n'était pas marié avec le défunt. La CJCE a admis que le refus de verser une pension de survie équivalait à un traitement moins favorable et que l'élément de comparaison à prendre en considération pour apprécier le caractère « moins favorable » de ce traitement était les couples « mariés ». Elle a estimé que le « partenariat de vie », tel qu'il avait été institué en Allemagne, avait créé des droits et responsabilités pour les partenaires de vie et que nombre de ces droits et responsabilités étaient identiques à ceux reconnus aux époux, notamment en ce qui concerne les régimes publics de pension. Cet élément l'a amenée à considérer que, aux fins de l'espèce, les partenaires de vie et les époux se trouvaient dans une situation comparable. Poursuivant son analyse, la CJCE a déclaré que le refus d'accorder une pension de survie au partenaire de vie survivant était constitutif d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. L'impossibilité pour les partenaires de se marier était, en effet, indissociable de leur orientation sexuelle.

Exemple : dans l'affaire *Aziz c. Chypre*, le requérant se plaignait d'avoir été empêché d'exercer son droit de vote en raison de son origine ethnique chypriote-turque²⁶. En vertu de la loi en vigueur à l'époque des faits, les Chypriotes turcs et les Chypriotes grecs ne pouvaient voter aux élections législatives que pour des candidats issus de leur propre communauté ethnique.

25 Arrêt de la CJCE du 1^{er} avril 2008 dans l'affaire C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Recueil 2008, p. I-1757.

26 *Aziz c. Chypre*, n° 69949/01, CouEDH, 22 juin 2004.

Cependant, depuis l'occupation de la partie nord de Chypre par les troupes turques, une grande majorité des membres de la communauté turque avaient quitté le territoire et leur participation aux élections législatives avait été suspendue. Par conséquent, il n'y avait plus la moindre liste de candidats pour lesquels le requérant pût voter. Alors que le gouvernement soutenait que l'incapacité des Chypriotes turcs d'exercer leur droit de vote s'expliquait par l'absence de candidats pour lesquels ils pussent voter, la CouEDH a estimé pour sa part que le lien étroit existant entre les règles électorales et l'adhésion à la communauté chypriote-turque et le fait que le gouvernement n'eût pas adapté les règles électorales en fonction de la situation étaient constitutifs d'une discrimination directe fondée sur l'appartenance ethnique.

Les juges interprètent largement la portée des « caractéristiques protégées ». Ils considèrent par exemple qu'il peut y avoir « discrimination par association » lorsque la victime de la discrimination n'est pas elle-même la personne qui présente la caractéristique protégée concernée, et ils retiennent parfois une interprétation abstraite de la caractéristique en cause. C'est pourquoi il est impératif que les professionnels du droit procèdent à une analyse détaillée des motifs sous-jacents au « traitement moins favorable » et recherchent des éléments aptes à démontrer que la caractéristique protégée est, directement ou indirectement, à l'origine de ce traitement.

Exemple : dans l'affaire *Coleman*, une mère soutenait avoir été victime, dans le cadre de son travail, d'un traitement défavorable lié au handicap dont souffrait son fils²⁷. Ce handicap l'avait parfois contrainte à arriver en retard à son travail et à demander à ce que ses horaires soient aménagés en fonction des besoins de son fils. Ses demandes avaient été rejetées, et elle avait reçu à la fois des menaces de licenciement et des commentaires déplacés concernant le handicap de son fils. La CJCE a accepté de comparer la situation de la requérante à celle de ses collègues occupant des postes similaires et ayant des enfants. Elle a alors constaté que les collègues en question s'étaient vu accorder une certaine flexibilité d'horaires lorsqu'ils en avaient fait la demande. Elle a également reconnu que cette différence de traitement était constitutive d'une discrimination et d'un harcèlement fondés sur le handicap de son enfant.

27 Arrêt de la CJCE du 17 juillet 2008 dans l'affaire C-303/06, *Coleman c. Attridge Law et Steve Law*, Recueil 2008, p. I-5603.

Exemple : l'affaire *Weller* concernait une femme de nationalité roumaine mariée avec un ressortissant hongrois avec lequel elle avait eu quatre enfants. Elle s'était vu refuser le droit aux prestations de maternité après ses accouchements au motif qu'elle n'était pas de nationalité hongroise²⁸. Son époux avait tenté de solliciter ces prestations de maternité, mais sa demande avait été rejetée par le gouvernement, qui avait déclaré qu'elles étaient versées uniquement aux mères. Dans cette affaire, la CouEDH a estimé que l'époux avait été victime d'une discrimination fondée sur la paternité (plutôt que sur le sexe), étant donné que les pères adoptifs ou les tuteurs étaient autorisés à demander des prestations, alors que les pères biologiques ne l'étaient pas. Les enfants avaient également déposé plainte pour discrimination, sur la base du refus du gouvernement de verser les prestations à leur père. La CouEDH a déclaré leur plainte recevable et a estimé que les enfants avaient été victimes d'une discrimination fondée sur le statut de « père biologique » de leur parent.

Exemple : dans l'affaire *P/S et Cornwall County Council*, la partie requérante était sur le point de subir une conversion du sexe masculin au sexe féminin lorsqu'elle fut licenciée par son employeur. La CJCE a estimé que le licenciement constituait un traitement défavorable²⁹. S'agissant de l'élément de comparaison pertinent, elle a considéré que « lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération ». Quant au motif, la CJCE a déclaré que, bien qu'il ne pût pas être démontré que la partie requérante avait été traitée différemment à raison du fait qu'il s'agissait d'un homme ou d'une femme, il pouvait être établi que la différence de traitement se fondait sur son identité sexuelle.

2.3. La discrimination indirecte

Tant le droit de l'UE que la CEDH reconnaissent qu'il peut y avoir discrimination non seulement lorsque des personnes se trouvant dans une situation comparable sont traitées différemment, mais aussi lorsque des personnes placées dans des situations différentes font l'objet d'un traitement identique. Cette forme de discrimination est qualifiée de « discrimination indirecte », car ce n'est pas le traitement qui diffère, mais

28 *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05, CouEDH, 31 mars 2009.

29 Arrêt de la CJCE du 30 avril 1996 dans l'affaire C-13/94, *P. c. S et Cornwall County Council*, Recueil 1996, p. I-2143.

plutôt les effets de ce traitement, lesquels seront ressentis différemment par des personnes présentant des caractéristiques différentes. L'article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur l'égalité raciale dispose qu'« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes »³⁰. Dans certains de ses arrêts récents, la CouEDH s'est fondée sur cette définition de la discrimination indirecte pour affirmer qu'« une différence de traitement peut aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe »³¹.

Une discrimination indirecte se produit quand

- une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre
- affecte un groupe de personnes défini par une caractéristique protégée de façon nettement plus défavorable
- que d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable.

2.3.1. Une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre

La première condition à prendre en considération est l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre. En d'autres termes, il doit exister une exigence quelconque appliquée à tous. Les deux affaires citées ci-dessous servent d'exemples à cet égard. D'autres exemples sont fournis au chapitre 5, consacré aux questions de preuve et au rôle des statistiques.

Exemple : dans l'affaire *Schönheit*, l'objet du litige concernait le fait que les pensions de vieillesse des employés à temps partiel étaient calculées sur la base d'un taux différent de celui appliqué aux employés à temps plein, sans que ce taux différent fût justifié par une durée de travail différente³². Ainsi,

30 Voir aussi: article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 2, paragraphe 1, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 2, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services.

31 Voir aussi: *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 184, CouEDH, 13 novembre 2007 ; *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, § 183, CouEDH, 9 juin 2009; *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, § 80, CouEDH, 20 juin 2006.

32 Arrêt de la CJCE du 23 octobre 2003 dans les affaires jointes C-4/02 et V-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main* et *Silvia Becker c. Land Hessen*, Recueil 2003, p. I-12575.

les employés à temps partiel percevaient une pension inférieure à celle des employés à temps plein, même si l'on tenait compte des durées de service différentes. Il en découlait que les travailleurs à temps partiel étaient moins bien payés que leurs collègues à temps plein. Cette disposition concernant le calcul des pensions était à la fois neutre et appliquée de façon identique à tous les travailleurs à temps partiel. Toutefois, étant donné que 88 % des travailleurs à temps partiel étaient des femmes, cette disposition avait un effet préjudiciable disproportionné sur les femmes, par rapport aux hommes.

Exemple : dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, le litige trouvait son origine dans une série de tests destinés à établir le niveau d'intelligence et d'aptitude des élèves, en vue de déterminer si ceux-ci devaient être retirés de l'enseignement ordinaire et placés dans des écoles spéciales conçues pour les enfants présentant une déficience intellectuelle ou d'autres difficultés d'apprentissage³³. Tous les enfants pour lesquels un placement dans une école spéciale était envisagé étaient soumis aux mêmes tests. Cependant, ces tests avaient été élaborés, en pratique, sur la base du niveau de la population tchèque majoritaire, raison pour laquelle les élèves roms risquaient davantage que les autres d'obtenir de mauvais résultats. Ce risque s'était concrétisé par la suite, 50 à 90 % des enfants roms ayant été placés dans des écoles hors du système d'enseignement ordinaire. La CouEDH a estimé que cette situation constituait un cas de discrimination indirecte.

2.3.2. Un effet nettement plus défavorable sur un groupe protégé

La deuxième condition à prendre en considération est la situation particulièrement désavantageuse dans laquelle la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre place un « groupe de personnes protégé ». C'est sur ce point que la discrimination indirecte diffère de la discrimination directe : l'attention ne se concentre plus sur l'existence d'un traitement différencié mais sur celle d'effets différenciés.

Lors de l'examen des preuves statistiques attestant que le « groupe protégé » est affecté de manière négative et disproportionnée par rapport à d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable, la Cour de justice européenne et la Cour européenne des droits de l'homme s'efforcent de trouver des éléments de nature

³³ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 79, CouEDH, 13 novembre 2007.

à démontrer qu'une proportion particulièrement élevée de personnes concernées par cet effet négatif est constituée d'individus appartenant à ce « groupe protégé ». Nous reviendrons plus en détail sur ce point dans le chapitre 5, consacré aux questions de preuve. Pour l'heure, nous nous limiterons à faire référence aux expressions utilisées par la CJCE en matière de discrimination fondée sur le sexe, telles que l'avocat général Léger les a répertoriées dans ses conclusions relatives à l'affaire *Nolte* :

« Pour être jugée discriminatoire, la mesure doit affecter “un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes” [Rinner-Kühn³⁴], “un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes” [Nimz³⁵ et Kowalska³⁶] ou “un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes” [De Weerd³⁷]. »³⁸

2.3.3. Un élément de comparaison

Tout comme dans les affaires relatives à une discrimination directe, la juridiction saisie d'un cas de discrimination indirecte devra trouver un « élément de comparaison » pour être à même de déterminer si l'effet de la disposition, du critère ou de la pratique en cause est nettement plus préjudiciable que celui affectant d'autres personnes placées dans une situation comparable. Sur ce point, l'approche des juridictions ne diffère pas de celle adoptée en matière de discrimination directe.

34 Arrêt de la CJCE du 13 juillet 1989 dans l'affaire C-171/88, *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Recueil 1989, p. 2743.

35 Arrêt de la CJCE du 7 février 1991 dans l'affaire C-184/89, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Recueil 1991, p. I-297.

36 Arrêt de la CJCE du 27 juin 1990 dans l'affaire C-33/89, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Recueil 1990, p. I-2591.

37 Arrêt de la CJCE du 24 février 1994 dans l'affaire C-343/92, *M.A. Roks, épouse De Weerd e.a./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a.*, Recueil 1994, p. I-571.

38 Conclusions de l'avocat général Léger du 31 mai 1995 dans l'affaire C-317/93, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, points 57 et 58, Recueil 1995, p. I-4625. Pour un exemple d'affaire où la CouEDH a suivi la même approche sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, voir *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CouEDH, 13 novembre 2007 (affaire mentionnée au point 5.2.1.).

2.4. Le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination

2.4.1. Le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination au regard des Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination

En vertu des Directives relatives à la non-discrimination, le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination :

- lorsqu'un comportement indésirable lié à une « caractéristique protégée » se manifeste,
- qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne,
- et/ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant³⁹.

Les interdictions du harcèlement et de l'injonction à pratiquer la discrimination résultent d'une évolution relativement nouvelle de la législation de l'Union européenne en matière de non-discrimination et ont été introduites dans le but d'offrir une protection plus étendue.

Dans le cadre des Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination, le harcèlement constitue un type spécifique de discrimination. Alors qu'il était considéré auparavant comme une manifestation particulière de discrimination directe, les Directives précitées ont établi une rubrique distincte pour le harcèlement, moins en raison d'un changement de pensée conceptuelle qu'eu égard à la nécessité de mettre l'accent sur cette forme particulièrement dangereuse de traitement discriminatoire.

De plus, les Directives relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes font mention spécifique du « harcèlement sexuel » et précisent qu'il s'agit d'un type particulier de discrimination, correspondant à un « comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement »⁴⁰.

39 Voir: article 2, paragraphe 3, de la Directive sur l'égalité raciale ; article 2, paragraphe 3, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 2, point c), de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ; article 2, paragraphe 1, point c), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

40 Article 2, point d), de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ; article 2, paragraphe 1, point d), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

Cette définition rend superflue la nécessité de trouver un élément de comparaison pour établir la preuve du harcèlement. Elle reflète essentiellement le fait que le harcèlement est un comportement répréhensible en soi, en raison de la forme qu'il revêt (violence physique, verbale ou non verbale) et de l'effet potentiel qu'il peut avoir (atteinte à la dignité d'une personne).

Les orientations de l'Union européenne en matière de harcèlement s'inspirent, dans une large mesure, de la Déclaration du Conseil du 19 décembre 1991 concernant la mise en œuvre de la Recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel⁴¹. Dans ce domaine, l'approche tant objective que subjective du droit de l'UE fait preuve de flexibilité. En premier lieu, c'est la manière dont la victime perçoit le traitement qu'elle a subi qui sert de base pour établir si celui-ci constitue un cas de harcèlement. En deuxième lieu, même si la victime ne ressent pas réellement les effets du comportement critiqué, le juge peut retenir le harcèlement si la partie requérante est la cible du comportement en question.

Les juridictions nationales se chargent généralement d'établir les aspects factuels d'une affaire pour déterminer si un comportement peut être qualifié de harcèlement, avant de saisir la CJCE. C'est pourquoi les deux exemples d'affaires cités ci-après ont été tirés de la jurisprudence nationale.

Exemple : dans une affaire portée devant la Cour d'appel de Svea (Suède), la plaignante avait souhaité acheter un chiot, mais la vendeuse avait refusé de conclure la vente lorsqu'elle s'était rendu compte que l'acheteuse était homosexuelle ; la vendeuse avait argué du souci de préserver le bien-être du chiot, déclarant que les homosexuels se livraient à des actes sexuels sur des animaux. Ce refus de vente a été considéré par la juridiction nationale comme constitutif d'une discrimination directe au regard du principe de l'égalité de traitement dans l'accès aux biens et services et la Cour d'appel de Svea a confirmé cette discrimination en la qualifiant de harcèlement fondé sur l'orientation sexuelle⁴².

41 Déclaration du Conseil, du 19 décembre 1991, concernant la mise en œuvre de la Recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel (JO C 27 du 4.2.1992, p. 1) ; Recommandation 92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail (JO L 49 du 24.2.1992, p. 1).

42 Arrêt de la Cour d'appel de Svea du 11 février 2008 dans l'affaire T-3562-06, *Médiateur chargé de la lutte contre la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle c. A.S.* Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 78.

Exemple : dans le cadre d'une affaire portée devant l'autorité hongroise chargée de l'égalité de traitement, une plainte avait été déposée au sujet de professeurs ayant déclaré à des étudiants roms que leur comportement au sein de l'école avait été notifié à la « garde hongroise », organisation nationaliste connue pour des actes d'extrême violence à l'égard des Roms⁴³. Il a été jugé que les professeurs avaient implicitement fait leurs les opinions racistes de la garde hongroise et créé un climat de crainte et d'intimidation, constitutif de harcèlement.

En outre, toutes les Directives relatives à la non-discrimination disposent qu'un « comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination [...] est considéré comme une discrimination »⁴⁴. Toutefois, aucune de ces Directives ne définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « injonction à pratiquer la discrimination ». Pour que les pratiques discriminatoires puissent être combattues valablement, il conviendrait de ne pas limiter ce concept aux instructions revêtant, par nature, un caractère contraignant, mais de l'étendre également aux situations dans lesquelles une personne exprime une préférence ou une marque d'encouragement afin que des personnes soient traitées de manière moins favorable que d'autres, en raison du fait qu'elles présentent l'une des caractéristiques protégées. Il s'agit là d'une matière que la jurisprudence des tribunaux devrait contribuer à faire évoluer.

Si les Directives relatives à la non-discrimination n'imposent pas aux États membres de l'UE d'avoir recours au droit pénal pour sanctionner des actes de discrimination, une décision-cadre du Conseil européen oblige tous les États membres à établir des sanctions pénales pour les actes et comportements suivants : incitation à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ; diffusion à caractère raciste ou xénophobe ; apologie, négation ou banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre visant un groupe de personnes ou un membre d'un

43 Décision n° 654/2009 du 20 décembre 2009 de l'autorité hongroise chargée de l'égalité de traitement (Hongrie). Un résumé en anglais de cette décision est disponible via le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, « News report » [Information de presse]: www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf.

44 Article 2, paragraphe 4, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 4, paragraphe 4, de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ; article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 2, paragraphe 4, de la Directive sur l'égalité raciale.

tel groupe tel que défini ci-dessus⁴⁵. Les États membres sont, en outre, tenus de considérer la motivation raciste et xénophobe comme une circonstance aggravante.

Il est dès lors très probable que des actes de harcèlement et d'incitation à la discrimination puissent être considérés non seulement comme constitutifs de discrimination, mais aussi comme relevant du droit pénal national, en particulier lorsqu'ils sont liés à la race ou à l'origine ethnique des personnes visées.

Exemple : dans le cadre d'une affaire portée devant les juridictions bulgares, un parlementaire avait fait plusieurs déclarations dans lesquelles il s'en était pris verbalement aux communautés roms, juives et turques, de même qu'aux « étrangers » en général. Selon ce parlementaire, ces différentes communautés empêchaient les Bulgares de gérer leur propre État, commettaient des délits en toute impunité et privaient les Bulgares de soins de santé adéquats. Il exhortait la population bulgare à empêcher que la Bulgarie ne devienne une « colonie » de ces divers groupes⁴⁶. Le Tribunal régional de Sofia a estimé que ces déclarations constituaient à la fois une forme de harcèlement et une injonction à pratiquer la discrimination.

2.4.2. Le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

Bien que la CEDH n'interdise pas expressément le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination, elle consacre des droits prohibant ces pratiques. Ainsi, le harcèlement peut relever du droit au respect de la vie privée et familiale (protégé au titre de l'article 8 de la Convention) ou du droit à ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (consacré par l'article 3) ; l'injonction à pratiquer la discrimination peut, selon le contexte, être couverte par d'autres articles, tels que les articles 9 et 11, qui traitent respectivement de la liberté de pensée, de conscience et de religion et de la liberté de réunion et d'association. Lorsque ces actes présentent un caractère discriminatoire, la CouEDH

45 Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (JO L 328 du 6.12.2008, p. 55).

46 Décision n° 164 du Tribunal régional de Sofia du 21 juin 2006 dans l'affaire civile n° 2860/2006. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 11-1.

examine les allégations de violation des articles susmentionnés au regard de l'article 14, qui interdit la discrimination. Dans les paragraphes qui suivent, vous trouverez une sélection d'affaires qui illustrent des faits similaires à ceux évoqués ci-dessus, analysées à la lumière de la CEDH.

Exemple : l'affaire *Bączkowski et autres c. Pologne* portait sur un litige relatif aux déclarations publiques à caractère homophobe par lesquelles le maire de Varsovie avait annoncé son intention de refuser la tenue d'une marche destinée à sensibiliser l'opinion publique aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle⁴⁷. Appelé à se prononcer sur l'organisation de cette marche, l'organe administratif compétent avait émis une décision de refus, en avançant cependant d'autres motifs, tels que la nécessité d'éviter des heurts entre les manifestants. La CouEDH a considéré que les déclarations du maire pouvaient avoir influencé la décision de l'administration compétente, que cette décision se fondait sur l'orientation sexuelle et, partant, qu'elle portait atteinte à la fois à l'exercice de la liberté de réunion des requérants et au droit à ne pas subir de discrimination.

Exemple : dans l'affaire *Paraskeva Todorova c. Bulgarie*, les juridictions nationales appelées à trancher un litige impliquant une personne d'origine rom avaient expressément refusé de suivre la recommandation du procureur de prononcer une condamnation avec sursis, au motif qu'il existait « un sentiment d'impunité » parmi les membres de la minorité rom et qu'il convenait donc d'infliger à l'individu en question une peine ayant valeur d'exemple pour la communauté en question⁴⁸. La CouEDH a estimé que les arrêts rendus par les juridictions nationales avaient porté atteinte au droit de la requérante à un procès équitable ainsi qu'à son droit à ne pas subir de discrimination.

2.5. Les mesures spéciales ou spécifiques

Ainsi qu'on l'a précisé ci-dessus, une discrimination indirecte se produit lorsqu'une même disposition est appliquée de manière uniforme à différentes personnes, sans que les différences pertinentes entre ces personnes soient prises en considération. Afin de remédier à pareille situation et d'éviter tout nouveau cas de discrimination indirecte, les gouvernements, les employeurs et les fournisseurs de services doivent prendre des mesures pour adapter leurs règles et pratiques, de sorte que celles-ci

47 *Bączkowski et autres c. Pologne*, n° 1543/06, CouEDH, 3 mai 2007.

48 *Paraskeva Todorova c. Bulgarie*, n° 37193/07, CouEDH, 25 mars 2010.

tiennent compte des différences entre les personnes. Autrement dit, ils doivent modifier en conséquence leurs politiques et dispositions actuelles. Pour désigner les actions à entreprendre en ce sens, les textes juridiques des Nations unies parlent de « mesures spéciales », tandis que les Directives de l'UE utilisent les expressions « mesures spécifiques » ou « action positive ». En prenant des mesures spéciales, les gouvernements peuvent garantir une « égalité réelle », c'est-à-dire une égalité d'accès aux prestations disponibles dans la société, plutôt qu'une « égalité formelle ». Lorsqu'ils ne s'interrogent pas sur l'opportunité de prendre des mesures spéciales, les gouvernements, les employeurs et les fournisseurs de services accentuent le risque que leurs règles et pratiques soient source de discrimination directe.

La CouEDH a établi que « [l]e droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque [...] les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. »⁴⁹ De même, les Directives de l'UE relatives à la non-discrimination prévoient expressément la possibilité d'une action positive, en disposant ce qui suit : « [p]our assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à [une caractéristique protégée]. »⁵⁰

L'article 5 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail interprète de façon particulière la règle générale des mesures spécifiques relativement aux personnes handicapées, puisqu'il impose aux employeurs de prévoir des « aménagements raisonnables » afin de garantir l'égalité des chances en matière d'emploi aux personnes souffrant d'un handicap physique ou mental. Cela signifie que « l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée ». Ces « aménagements raisonnables » peuvent se traduire par l'installation, sur le lieu de travail, d'un ascenseur ou d'une rampe d'accès, ou encore de toilettes pour handicapés accessibles avec une chaise roulante.

49 *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CouEDH, § 44, 6 avril 2000. Voir aussi *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 88, CouEDH, 29 avril 2002.

50 Article 5 de la Directive sur l'égalité raciale ; article 7 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 6 de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services. Voir aussi, quoique la formation soit légèrement différente, l'article 3 de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

Exemple : dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, le droit national prévoyait qu'une personne ayant fait l'objet d'une condamnation pénale ne pouvait être nommée expert-comptable, au motif qu'une condamnation pénale impliquait un manque d'honnêteté et de fiabilité — deux qualités requises pour exercer cette profession. Le requérant dans cette affaire s'était vu infliger une sanction pénale pour avoir refusé de porter l'uniforme durant son service national. Ce refus s'expliquait par le fait qu'il était membre des témoins de Jéhovah, groupe religieux pacifiste. La CouEDH a estimé qu'il n'était pas justifié d'interdire l'accès à une profession à des personnes condamnées au pénal dans les cas où la condamnation n'était pas liée à des questions de fiabilité ou d'honnêteté. Elle a également établi que, en omettant d'introduire une exception à la disposition interdisant l'exercice de la profession d'expert-comptable aux personnes convaincues d'une infraction, le gouvernement avait opéré une discrimination à l'égard du requérant, et qu'il avait enfreint le droit de l'intéressé de manifester sa conviction religieuse (consacré par l'article 9 de la CEDH) ainsi que son droit à ne pas subir de discrimination.

Exemple : dans une affaire dont l'autorité chypriote de promotion de l'égalité de traitement avait été saisie, le plaignant, qui était atteint d'un handicap visuel, avait participé à un examen d'entrée dans la fonction publique⁵¹. Il avait demandé à pouvoir disposer de plus de temps pour effectuer l'examen, et trente minutes supplémentaires lui avaient été accordées. Cependant, ce temps additionnel avait été déduit de la pause à laquelle l'ensemble des candidats à l'examen avaient droit. L'autorité de promotion de l'égalité de traitement a constaté qu'il n'existait pas de procédure standard permettant d'étudier si des aménagements raisonnables devaient être accordés à des candidats présentant des handicaps particuliers. Sur la base des faits, elle a estimé que les mesures adoptées en faveur du plaignant n'apparaissaient pas suffisantes pour créer des conditions lui permettant d'entrer en concurrence avec les autres candidats de manière équitable. L'autorité a recommandé à l'État d'instaurer une procédure normalisée et, dans le cadre de celle-ci, de désigner un collègue d'experts chargé d'examiner, au cas par cas, les aménagements raisonnables requis.

Exemple : en France, une personne se déplaçant en fauteuil roulant avait saisi une juridiction nationale d'un recours formé contre le ministère français de l'Éducation à la suite de la décision de ce dernier de ne pas la nommer au

51 Autorité de promotion de l'égalité de traitement (Chypre), réf. A.K.I. 37/2008, 8 octobre 2008. Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 49.

poste particulier qu'elle avait sollicité⁵². La candidature du requérant avait été classée au troisième rang de la liste des candidats. Cependant, lorsque les deux premiers candidats renoncèrent à ce poste, celui-ci fut proposé au candidat qui avait obtenu la quatrième place au classement, et non au requérant. Ce dernier se vit proposer un poste dans un autre service, qui avait pris les mesures nécessaires pour permettre l'accès aux personnes en fauteuils roulants. La partie défenderesse justifia cette décision en déclarant qu'il n'était pas dans l'intérêt public d'investir des fonds pour modifier des lieux en vue de satisfaire au devoir d'aménagement raisonnable. Le tribunal a estimé que le ministère de l'Éducation avait failli à son devoir de mettre en place des aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, lequel ne pouvait être dénature par des considérations relevant de la gestion.

L'expression « mesures spéciales » est parfois utilisée pour couvrir une situation dans laquelle des personnes font l'objet d'une différence de traitement fondée sur les caractéristiques protégées qu'elles présentent et qui a pour effet de favoriser ces personnes (au lieu de les défavoriser). Prenons l'exemple d'un employeur qui accorde la préférence à une femme plutôt qu'à un homme pour occuper un poste particulier, au motif précisément qu'elle est une femme et qu'il s'est fixé pour politique de remédier à la sous-représentation des femmes au sein de son personnel. La terminologie utilisée pour décrire pareille situation varie grandement, incluant des expressions telles que « discrimination positive » ou « discrimination à rebours », « traitement préférentiel », « mesures spéciales temporaires » ou « action positive » [« *affirmative action* » en anglais]⁵³. Tous ces termes reflètent le but

52 Arrêt n° 0500526-3 du Tribunal administratif de Rouen du 24 juin 2008 dans l'affaire *Boutheiller c. Ministère de l'éducation*. Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 53.

53 Voir, à titre d'exemples, les documents suivants des Nations unies: Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* [Recommandation générale n° 32: Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale], doc. NU CERD/C/GC/32, 24 septembre 2009 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *General Comment 13: The Right to Education* [Observation générale n° 13: Le droit à l'éducation], doc. NU E/C.12/1999/10, 8 décembre 1999 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *General Recommendation No. 25: Article 4, para.1, of the Convention (temporary special measures)* [Recommandation générale n° 25: article 4, paragraphe 1, de la Convention (mesures temporaires spéciales)], doc. NU A/59/38(SUPP), 18 mars 2004 ; Comité des droits de l'homme, *General Comment No. 18: Non-Discrimination* [Observation générale n° 18: Non-discrimination], doc. NU A/45/40(Vol.I.)(SUPP), 10 novembre 1989 ; Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *General Recommendation 30 on Discrimination against Non-Citizens* [Recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants], doc. NU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 mai 2005.

affiché de ces mesures spéciales, qui est de permettre, au travers d'un moyen exceptionnel censé avoir une portée limitée dans le temps, de combattre les préjugés à l'égard de personnes qui en l'absence de pareilles mesures seraient vraisemblablement victimes de discrimination, et de créer des modèles susceptibles de constituer une référence pour d'autres personnes partageant cette caractéristique.

Les orientations définies par plusieurs organes de surveillance chargés d'interpréter les traités des Nations unies relatifs aux droits de l'homme ont contribué à renforcer le caractère licite des mesures positives adoptées en faveur des groupes défavorisés. Ces organes ont mis en exergue le fait que les mesures spéciales doivent, par nature, être temporaires et que ni leur durée ni leur portée ne doivent s'étendre au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier à l'inégalité en question⁵⁴. Le Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale a ainsi précisé que, pour être admissibles, ces mesures doivent avoir pour seule finalité d'éliminer les inégalités existantes et de prévenir des déséquilibres futurs⁵⁵. Le Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a établi que les « mesures spéciales temporaires » pouvaient couvrir, entre autres, « le traitement préférentiel, le recrutement, l'embauche et la promotion ciblés, les objectifs chiffrés assortis de délais, et les contingentements »⁵⁶. La jurisprudence de la CJCE, quant à elle, a mis l'accent sur la nécessité d'apprécier de façon rigoureuse la proportionnalité de ces mesures.

Les juridictions ont tendance à considérer la discrimination opérée dans ce cadre non pas comme une forme de discrimination différente en soi, mais comme une exception à l'interdiction de la discrimination. Autrement dit, elles reconnaissent l'existence d'un traitement différencié, mais admettent que celui-ci peut se justifier par la nécessité de remédier à un désavantage préexistant, tel que la sous-représentation de certains groupes particuliers sur le lieu de travail.

Cette justification a été avancée à diverses reprises par des États pour expliquer l'établissement d'un traitement différencié. Celui-ci peut être interprété de deux

54 Ibid.

55 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* [Recommandation générale n° 32: Signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale], doc. NU CERD/C/GC/32, 24 septembre 2009, points 21 à 26.

56 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *General Recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures)* [Recommandation n° 25: article 4, paragraphe 1, de la Convention (mesures temporaires spéciales)], doc. NU A/59/38(SUPP), 18 mars 2004, point 22.

manières différentes, selon qu'il est perçu du point de vue du bénéficiaire ou du point de vue de la victime : dans le premier cas, le bénéficiaire se voit accorder un traitement plus favorable que celui réservé à une autre personne se trouvant dans une situation similaire, sur la base de la caractéristique protégée qu'il présente ; dans le second cas, la victime se voit accorder un traitement moins favorable en raison du fait qu'elle ne présente pas de caractéristique protégée. Parmi les exemples typiques de pareilles situations, citons le fait de réserver un certain nombre de postes à des femmes dans des lieux de travail dominés par les hommes ou à des personnes issues de minorités ethniques dans les services publics (tels que les services de police), de manière à mieux refléter la composition de la société. Ce type de traitement discriminatoire est qualifié tantôt de « discrimination à rebours », car il vise à favoriser une personne qui serait susceptible de recevoir un traitement moins favorable si les tendances sociales du passé étaient respectées, tantôt d'« action positive », car il s'agit d'une action entreprise spécifiquement pour remédier à un désavantage antérieur et consistant à encourager la participation de groupes traditionnellement défavorisés ; en ce sens, il se fonde sur un objectif proactif, plutôt que sur des préjugés à l'encontre de groupes spécifiques.

Si ce concept a été rarement abordé dans la jurisprudence de la CouEDH, il a fait l'objet, en revanche, de davantage de considération dans le droit de l'UE, lorsque la CJCE a été amenée à se prononcer sur des affaires liées au domaine de l'emploi. Les mesures spécifiques constituent, en soi, des exceptions recevables en vertu des Directives relatives à la non-discrimination et de la jurisprudence de la CJCE, et elles peuvent aussi se justifier au titre de l'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », dont nous parlerons au point 2.6.4. *infra*.

Les principales affaires dont la CJCE a eu à connaître concernant des mesures spéciales avaient pour objet l'égalité entre les hommes et les femmes. Il s'agit, plus précisément, des affaires *Kalanke*⁵⁷, *Marschall*⁵⁸ et *Abrahamsson*⁵⁹. Ces affaires définissent, à elles trois, les limites dans lesquelles l'adoption de mesures spéciales peut être admise pour compenser les désavantages dont des travailleuses, dans certaines affaires particulières, ont été victimes au cours des ans.

57 Arrêt de la CJCE du 17 octobre 1995 dans l'affaire C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Recueil 1995, p. I-3051.

58 Arrêt de la CJCE du 11 novembre 1997 dans l'affaire C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Recueil 1997, p. I-6363.

59 Arrêt de la CJCE du 6 juillet 2000 dans l'affaire C-407/98, *Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, Recueil 2000, p. I-5539.

Exemple : dans l'affaire *Kalanke*, la CJCE a suivi une approche stricte concernant le fait d'accorder un traitement préférentiel à des femmes en vue de corriger leur sous-représentation à des postes particuliers. Cette affaire avait pour objet une législation adoptée au niveau régional qui, pour l'attribution de postes ou de promotion, donnait automatiquement la priorité aux femmes sur les hommes. À qualifications égales entre candidats de sexe différent, la préférence devait être donnée aux candidats féminins en cas de sous-représentation des femmes dans le secteur concerné. En vertu de la législation, il y avait sous-représentation lorsque les femmes ne représentaient pas la moitié au moins des effectifs dans la catégorie de personnel concernée. Dans l'affaire considérée, un candidat non retenu pour le poste, M. Kalanke, avait saisi la juridiction nationale d'un recours pour discrimination fondée sur le sexe. Cette dernière a déféré l'affaire à la CJCE, en demandant si la disposition nationale susmentionnée était compatible avec l'article 2, paragraphe 4, de la Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (le prédécesseur de l'article 3 de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, concernant l'« action positive »), aux termes duquel « [l]a présente Directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »⁶⁰.

La CJCE a établi que l'article 2, paragraphe 4, a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, « tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale »⁶¹. Elle a admis que la législation en question poursuit le but légitime d'éliminer les inégalités existantes sur le lieu de travail. Par conséquent, des mesures qui confèrent aux femmes un avantage spécifique dans le domaine de l'emploi, y compris la promotion, sont admissibles, pour autant qu'elles aient été introduites dans le but d'« améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes ».

60 Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39 du 14.20.1976, p. 40).

61 Cette formulation a été largement reprise dans les préambules des Directives relatives à la non-discrimination: considérant 21 de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; considérant 26 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; considérant 17 de la Directive sur l'égalité raciale.

La CJCE a néanmoins précisé que toute dérogation au droit à l'égalité de traitement devait faire l'objet d'une interprétation stricte et que, si la législation en cause devait garantir « la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion », elle irait, de fait, au-delà de l'objectif consistant à éliminer les inégalités et serait disproportionnée au regard du droit à l'égalité de traitement. Le traitement préférentiel accordé aux femmes n'était dès lors pas justifié en l'espèce.

Toutefois, la CJCE a été saisie ultérieurement d'autres affaires qui montrent que des mesures spécifiques peuvent se révéler acceptables lorsque la réglementation concernée ne prévoit pas d'accorder la priorité de façon automatique et inconditionnelle.

Exemple : l'affaire *Marschall* avait pour objet une législation similaire, en substance, à celle en cause dans l'affaire *Kalanke*. Cependant, la législation litigieuse disposait que, à qualifications égales, il convenait de donner la priorité aux femmes « à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur ». M. Marschall, qui s'était vu refuser un poste au profit d'une femme candidate, contesta la légalité de cette législation devant la juridiction nationale qui déféra l'affaire à la CJCE, en demandant à cette dernière de se prononcer, une fois encore, sur la compatibilité de ladite législation avec la Directive sur l'égalité de traitement. La CJCE a estimé qu'une législation de cette nature n'était pas disproportionnée, au regard de l'objectif légitime consistant à éliminer les inégalités, à condition qu'elle « garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin ». Dans la mesure où la législation litigieuse comportait une marge discrétionnaire empêchant que la priorité ne revête un caractère absolu, la CJCE a estimé qu'elle pouvait être considérée comme proportionnée par rapport à l'objectif d'élimination des inégalités sur le lieu de travail.

Exemple : l'affaire *Abrahamsson* concernait la validité d'une législation suédoise se situant à mi-chemin entre la priorité inconditionnelle établie par les dispositions mises en cause dans l'affaire *Kalanke* et la marge discrétionnaire prévue dans l'affaire *Marschall*. La législation suédoise litigieuse disposait qu'un

candidat appartenant au sexe sous-représenté et possédant des qualifications suffisantes pour l'emploi concerné devait être choisi prioritairement à un candidat de sexe opposé, pour autant que « la différence entre les mérites respectifs des candidats n'est pas d'une importance telle qu'il en résulterait un manquement à l'exigence d'objectivité lors de l'engagement ». La CJCE a estimé que, de fait, la législation accordait automatiquement la priorité aux candidats appartenant au sexe sous-représenté. Le fait que les dispositions en cause empêchaient qu'il en soit ainsi uniquement lorsqu'il existait une différence importante entre les mérites respectifs des candidats n'était pas de nature à remédier au caractère disproportionné de la législation dans ses effets.

Ces affaires mettent en lumière la prudence dont la CJCE a généralement fait preuve dans son approche consistant à valider des mesures spécifiques écornant le principe d'équité. C'est uniquement dans le cas limité où les mesures spécifiques ne sont pas inconditionnelles et absolues que la CJCE admet que les dispositions nationales instaurant ces mesures relèvent de l'exception prévue par l'article 2, paragraphe 4.

Lorsqu'ils sont confrontés à une question relative à des mesures spécifiques adoptées au titre des Directives de l'UE relatives à la non-discrimination, les professionnels du droit doivent accorder une attention extrême à l'« action » mise en place pour favoriser un groupe particulier de personnes. Il ressort clairement de la jurisprudence de la CJCE mentionnée ci-dessus que l'adoption de mesures spécifiques doit constituer l'ultime recours. Lorsqu'ils sont amenés à traiter une affaire liée à des mesures spécifiques, les praticiens et les magistrats doivent s'assurer que toutes les candidatures examinées par l'employeur concerné, y compris celles qui ne sont pas visées par la disposition instaurant les mesures en cause, sont évaluées de façon objective et équitable pour le poste en question. L'application de mesures spécifiques n'est admise qu'à la condition qu'une évaluation objective des candidats ait permis de déterminer que plusieurs d'entre eux — dont certains appartenant au groupe spécifiquement visé — disposent de compétences égales pour assumer le poste à pourvoir. C'est seulement en pareilles circonstances qu'un membre du groupe visé, sélectionné en raison de la discrimination exercée dans le passé, peut être choisi de préférence à un autre candidat n'appartenant pas au groupe concerné.

Bien que la CouEDH n'ait, pour sa part, pas encore eu l'occasion d'examiner en profondeur la question des mesures spéciales, elle l'a évoquée dans un nombre limité d'affaires.

Exemple : dans l'affaire *Wintersberger c. Autriche*⁶², la CouEDH a rendu une décision sur la recevabilité d'une requête. Le requérant, qui souffrait d'un handicap, avait été licencié par l'administration publique. En vertu de la législation nationale, les personnes handicapées bénéficient d'une protection spéciale en matière de licenciement, en ce sens que la décision de licenciement devait faire l'objet d'une autorisation préalable donnée par un comité spécial. Dans les cas où l'employeur n'avait pas connaissance du handicap de la personne concernée, l'autorisation pouvait être donnée rétroactivement. Une procédure d'autorisation similaire n'était pas applicable dans le cas des personnes non handicapées. Le requérant faisait valoir que le fait que l'approbation pouvait être donnée rétroactivement pour les personnes handicapées, alors que ce n'était pas le cas pour les personnes non handicapées, était constitutif de discrimination. La CouEDH a considéré que la disposition en cause avait été établie dans l'intérêt des personnes handicapées, qu'elle s'analysait en une discrimination positive et qu'elle était dès lors justifiée. Par conséquent, la requête a été déclarée irrecevable.

Points clés

- Il y a discrimination lorsqu'une personne est, à certains égards, désavantagée parce qu'elle présente l'une des « caractéristiques protégées ».
- La discrimination revêt différentes formes : la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et l'injonction à pratiquer la discrimination.
- La discrimination directe se caractérise par une différence de traitement : en pareil cas, il convient de démontrer que la personne qui se plaint a été traitée de manière moins favorable qu'une autre personne à raison du fait qu'elle présente l'une des « caractéristiques protégées ».
- Pour déterminer si le traitement critiqué était « moins favorable », il faut le comparer à celui réservé à une autre personne placée dans une situation similaire mais ne présentant pas la caractéristique en question.
- Il se peut que la raison invoquée pour justifier la différence de traitement ne corresponde pas à l'une des « caractéristiques protégées ». Il suffit, cependant, que la raison invoquée soit indissociable de ces caractéristiques.
- La Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions nationales ont admis la notion de discrimination par association dans le cas où une personne est traitée de manière moins favorable à raison de son association avec une autre personne présentant l'une des « caractéristiques protégées ».

62 *Wintersberger c. Autriche*, n° 57448/00, CouEDH, 5 février 2004.

- Bien qu'il soit considéré de manière distincte dans le droit de l'UE, le harcèlement constitue une manifestation particulière de la discrimination directe.
- La discrimination indirecte se caractérise par un impact ou des effets différenciés : il convient de démontrer qu'une décision désavantage un groupe donné par rapport à un autre servant d'« élément de comparaison ».
- Pour établir l'existence d'une discrimination indirecte, la personne concernée doit fournir des éléments de nature à prouver que la décision en cause a sur les personnes — considérées en tant que groupe — ayant en commun une caractéristique protégée un impact ou des effets différents de ceux qu'elle produit sur les individus ne présentant pas cette caractéristique.
- Afin de s'assurer que chacun puisse jouir de ses droits en toute équité, les gouvernements, les employeurs et les fournisseurs de services peuvent être amenés à prendre des mesures spéciales ou spécifiques pour adapter leurs dispositions et pratiques aux personnes présentant des caractéristiques particulières.
- Les expressions « mesures spéciales » et « mesures spécifiques » peuvent être utilisées pour désigner les dispositions adoptées en vue de remédier aux désavantages dont des personnes présentant une caractéristique protégée ont été victimes dans le passé. Lorsque ces mesures se révèlent proportionnées, elles peuvent constituer une justification de la discrimination.

2.6. Les moyens de défense susceptibles de justifier un traitement moins favorable admis par le droit européen de la non-discrimination

2.6.1. Introduction

Il arrive, dans certaines circonstances particulières, que les juridictions constatent l'existence d'une différence de traitement mais considèrent celle-ci comme admissible. Si, sur la forme, l'approche du droit de l'UE concernant les moyens de défense diffère de celle développée par la CouEDH, elle se révèle en revanche très similaire à cette dernière sur le fond.

Dans le cadre du droit européen de la non-discrimination, un moyen de défense peut être formulé en des termes généraux ou en des termes plus spécifiques et limités. Qu'il s'agisse d'un cas de discrimination directe ou d'un cas de discrimination indirecte, l'approche de la CouEDH consiste à admettre un moyen de défense général. Le droit de l'UE, par contre, prévoit qu'une discrimination directe ne peut être

justifiée que par des moyens de défense spécifiques et limités ; le moyen de défense général n'est admis que dans le cas d'une discrimination indirecte. Autrement dit, une discrimination directe ne pourra être considérée comme justifiée au titre des Directives relatives à la non-discrimination qu'à la condition qu'elle poursuive un des objectifs particuliers expressément indiqués par ces Directives.

Les moyens de défense spécifiques prévus par les Directives relatives à la non-discrimination peuvent être placés dans le contexte plus large du moyen de défense général admis par la CouEDH et sont compatibles avec la manière dont celui-ci est appliqué dans la jurisprudence. En d'autres termes, les moyens de défense spécifiques prévus par les Directives susmentionnées représentent des expressions particulières du moyen de défense général, qui se concrétisent dans le domaine particulier de l'emploi et s'adaptent à celui-ci.

2.6.2. Analyse du moyen de défense général

Il a été indiqué précédemment qu'un moyen de défense général est admis par la CouEDH tant en matière de discrimination directe qu'en matière de discrimination indirecte, tandis que le droit de l'Union européenne ne l'autorise qu'en matière de discrimination indirecte. Selon la CouEDH,

« une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables [...] est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »⁶³

Les Directives de l'UE relatives à la non-discrimination usent d'une formulation similaire en ce qui concerne la discrimination indirecte. En effet, la Directive sur l'égalité raciale dispose que :

« une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou

⁶³ *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CouEDH, 29 avril 2008.

Afin de justifier une différence de traitement, il convient de démontrer :

- que la disposition ou pratique litigieuse poursuit un objectif légitime,
- que le moyen choisi pour atteindre cet objectif (c'est-à-dire la mesure qui a conduit à la différence de traitement) est proportionné et nécessaire à la réalisation de cet objectif.

Afin de déterminer si la différence de traitement est proportionnée, le juge doit s'assurer :

- que l'objectif visé ne peut pas être atteint à l'aide d'un autre moyen portant moins atteinte au droit à l'égalité de traitement ; autrement dit, que le désavantage subi correspond au plus faible niveau possible du préjudice devant être occasionné pour parvenir au but recherché ;
- que l'objectif poursuivi est suffisamment important pour justifier qu'il soit ainsi porté atteinte au principe de l'égalité de traitement.

cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. »⁶⁴

Il ressort de la formulation utilisée tant par la CouEDH que par les Directives relatives à la non-discrimination que l'argument de nature à empêcher une juridiction de constater un cas de discrimination n'est pas, à proprement parler, une exception de non-discrimination, mais plutôt une justification de la différence de traitement. Force est de reconnaître néanmoins que, sur le fond (si ce n'est sur la forme), les juridictions traitent les questions de justification comme des exceptions de discrimination.

Exemple : la CJCE a livré une explication approfondie de l'idée de justification objective dans le cadre de l'affaire *Bilka-Kaufhaus GmbH/Weber Von Hartz*⁶⁵. Dans cette affaire, une employée à temps partiel exclue du régime de pension d'entreprise institué par la société Bilka (un grand magasin) avait formé un recours dans lequel elle soutenait que cette exclusion constituait une discrimination indirecte à l'égard des femmes, dans la mesure où ces dernières représentaient la vaste majorité des travailleurs à temps partiel. La CJCE a confirmé que si l'entreprise n'était pas en mesure de justifier la différence de traitement, sa décision devait être jugée constitutive d'une discrimination indirecte. Pour se justifier, l'entreprise devait démontrer que « les moyens choisis par Bilka répond[ai]ent à un besoin véritable de l'entreprise, [étaient] aptes à atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci et [étaient] nécessaires à cet effet ».

64 Article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur l'égalité raciale ; article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 2, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ; article 2, paragraphe 1, point b), de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

65 Arrêt de la CJCE du 13 mai 1986 dans l'affaire 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz*, Recueil 1986, p. 1607.

Bilka soutenait que l'objectif visé par la différence de traitement était de décourager le travail à temps partiel et de rendre le travail à temps plein plus attrayant. En effet, les travailleurs à temps partiel n'étaient guère disposés à travailler en soirée ou les samedis et il était dès lors plus difficile pour l'entreprise de maintenir un personnel suffisant durant ces périodes. La CJCE a estimé que cet argument pouvait constituer un objectif légitime. Elle n'a cependant pas répondu à la question de savoir si l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pension était proportionnée à la réalisation de cet objectif. Elle a indiqué que l'exigence relative à la « nécessité » des mesures prises imposait de démontrer qu'il n'existait aucune autre solution raisonnable portant moins atteinte au principe de l'égalité de traitement. Elle a conclu qu'il appartenait au juge national d'appliquer le droit aux faits de l'espèce.

2.6.3. Application du moyen de défense général

Il ressort de la jurisprudence relative au domaine de l'emploi que la CJCE se montre réticente à l'égard des différences de traitement justifiées par des raisons de gestion liées aux préoccupations économiques des employeurs. En revanche, elle est plus encline à admettre une différence de traitement fondée sur des objectifs plus larges de politique sociale et d'emploi ayant des implications fiscales. Lorsqu'elle a à connaître d'affaires portant sur des différences de traitement justifiées par de tels objectifs, la Cour de justice accorde aux États une vaste « marge discrétionnaire ». Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la CouEDH répugne à accepter une différence de traitement ayant une incidence sur un élément fondamental de la dignité personnelle, tel un acte de discrimination fondé sur la race ou l'origine ethnique, ou encore la vie privée et familiale ; elle est davantage disposée, par contre, à admettre une différence de traitement motivée par des considérations plus vastes de politique sociale (en particulier, lorsque celles-ci ont des incidences fiscales). La CouEDH utilise l'expression « marge d'appréciation » lorsqu'elle se réfère à la latitude laissée à l'État pour déterminer si la différence de traitement peut être justifiée. Si cette marge est réputée « étroite », la CouEDH se livre à un examen beaucoup plus attentif.

2.6.4. Les moyens de défense spécifiques au titre de la législation de l'Union européenne

Comme précisé *supra*, divers moyens de défense spécifiques peuvent, au titre des Directives relatives à la non-discrimination, permettre de justifier une différence de traitement dans certaines circonstances limitées. Ainsi, l'« exigence professionnelle

essentielle et proportionnée » figure dans chacune des Directives (à l'exception cependant de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services, puisque cette dernière n'a pas trait à l'emploi) : cette exigence permet à l'employeur d'appliquer une différence de traitement entre ses salariés sur le fondement d'une caractéristique protégée lorsque cette dernière a un lien intrinsèque avec la capacité d'accomplir une tâche ou les qualifications requises pour une fonction particulière⁶⁶. Seule la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prévoit deux autres moyens de défense : le premier concerne l'admissibilité de la discrimination fondée sur la religion ou les convictions par des organisations dont l'éthique se fonde sur la religion ou les convictions⁶⁷ ; le second a trait à l'admissibilité de la discrimination fondée sur l'âge dans certaines circonstances⁶⁸. L'approche rigoureuse adoptée par la CJCE en matière d'interprétation des motifs avancés pour justifier une différence de traitement laisse à penser que toute exception à l'interdiction de la discrimination fera l'objet d'une interprétation stricte, puisque la Cour de justice met l'accent sur l'importance des droits reconnus aux personnes par le droit de l'UE⁶⁹.

2.6.4.1. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante

Dans la mesure où elles se réfèrent au domaine de l'emploi, les Directives relatives à la non-discrimination disposent que :

« [I]es États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée [au motif prohibé] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »⁷⁰

66 Article 14, paragraphe 2, de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 4 de la Directive sur l'égalité raciale ; article 4, paragraphe 1, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

67 Article 4, paragraphe 2, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

68 Article 6 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

69 Voir, par exemple, l'arrêt de la CJCE du 15 mai 1986 dans l'affaire 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Recueil 1986, p. 1651, point 36.

70 Article 14, paragraphe 2, de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 4 de la Directive sur l'égalité raciale ; article 4, paragraphe 1, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Ce moyen de défense permet aux employeurs d'établir entre les personnes une différence de traitement fondée sur une caractéristique protégée lorsque celle-ci est directement liée à l'aptitude ou à la compétence requise pour exécuter les tâches inhérentes à un poste particulier.

Il est désormais bien établi que certaines activités relèvent de la dérogation tirée de l'exigence professionnelle essentielle : dans l'affaire *Commission/Allemagne*, la CJCE, se basant sur une étude de la Commission concernant la dérogation à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, a indiqué un certain nombre de professions déterminées pour lesquelles l'exigence professionnelle essentielle pouvait vraisemblablement être appliquée⁷¹. La CJCE a accordé une attention particulière aux professions artistiques, pour lesquelles des attributs spécifiques — c'est-à-dire des caractéristiques inhérentes aux personnes elles-mêmes — peuvent être exigés. À titre d'exemple, il peut être demandé à une chanteuse de se conformer à un style de performance artistique déterminé, à un acteur de jouer un rôle spécifique ou à une personne physiquement apte de danser. De même, les agences de mannequins de mode peuvent rechercher des hommes ou des femmes pour des formes spécifiques de présentation. La CJCE n'a pas essayé, pour autant, de dresser une liste exhaustive des professions concernées. D'autres exemples pourraient être cités, tels que le cas des restaurants chinois qui n'engagent que des personnes d'origine ethnique chinoise afin de maintenir leur caractère authentique ou encore celui des clubs de fitness réservés aux femmes qui embauchent uniquement des femmes.

Exemple : dans l'affaire *Commission/France*, la CJCE a considéré que, dans certaines circonstances, il n'était pas illégal de réserver des emplois principalement aux candidats masculins dans les prisons pour hommes et principalement aux candidats féminins dans les prisons pour femmes⁷². Elle a néanmoins précisé que cette exception pouvait être invoquée uniquement en ce qui concerne des postes comportant des activités pour lesquelles l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est déterminante. Dans cette affaire, les autorités françaises souhaitaient réserver un pourcentage de postes aux candidats masculins, dans la mesure où il pouvait être nécessaire de recourir à la force afin de dissuader d'éventuels auteurs de troubles et d'effectuer d'autres tâches ne pouvant être exercées que par des hommes. La CJCE a accueilli favorablement ces arguments sur le principe, mais elle a estimé que les autorités françaises avaient failli à l'obligation de transparence concernant les activités spécifiques devant être

71 Arrêt de la CJCE du 21 mai 1985 dans l'affaire 248/83, *Commission c. Allemagne*, Recueil 1985, p. 1459.

72 Arrêt de la CJCE du 30 juin 1988 dans l'affaire 318/86, *Commission c. France*, Recueil 1988, p. 3559.

exercées uniquement par des candidats masculins et que des généralisations sur le sexe adéquat ne suffisaient pas.

Exemple : dans l'affaire *Johnston*, une femme policier travaillant en Irlande du Nord avait formé un recours pour protester contre le non-renouvellement de son contrat. Pour justifier ce non-renouvellement, le chef de la police avait excipé du fait que les femmes policiers n'étaient pas entraînées au maniement des armes à feu et que, sur cette base, « on ne saurait exclure la possibilité que, dans une situation de troubles intérieurs graves, le port d'armes à feu par des femmes policiers puisse créer des risques supplémentaires d'attentats sur elles et puisse dès lors être contraire aux exigences de la sécurité publique ». La CJCE a considéré que, si la menace pesant sur la sécurité des policiers devait être prise en considération, celle-ci s'appliquait tant aux hommes qu'aux femmes, et que ces dernières ne couraient pas de risques supérieurs à ceux encourus par les hommes. À l'exception des justifications liées à des facteurs biologiques spécifiques aux femmes, tels que la protection de leur enfant durant la grossesse, la différence de traitement ne pouvait être justifiée par le motif que l'opinion publique exigeait de garantir la protection des femmes.

Exemple : dans l'affaire *Mahlburg*, la requérante, qui était enceinte, s'était vu refuser un poste d'infirmière à durée indéterminée, dont la majeure partie des tâches devaient se dérouler au bloc opératoire⁷³. L'employeur avait justifié ce refus par les dangers pour l'enfant que comportait l'exposition à des substances nocives en salle d'opération. La CJCE a estimé que, dans la mesure où il s'agissait d'un poste à durée indéterminée, l'interdiction faite à la requérante d'accéder à ce poste était disproportionnée, étant donné que son incapacité à travailler en bloc opératoire était seulement temporaire. Si l'imposition de restrictions aux conditions de travail des femmes enceintes était admissible, elle devait se limiter strictement aux tâches susceptibles de nuire à leur santé ou à celle de l'enfant à naître et ne devait pas entraîner une interdiction généralisée de travailler.

Le considérant 18 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail contient une expression plus spécifique de l'exigence professionnelle essentielle en rapport avec certains services publics liés à la sûreté et à la sécurité. Celle-ci ne constitue pas, en soi, une exception distincte à l'égalité de traitement,

73 Arrêt de la CJCE du 3 février 2000 dans l'affaire C-207/98, *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Recueil 2000, p. I-549.

mais doit être considérée plutôt comme mettant en exergue l'une des conséquences de l'exigence professionnelle essentielle dans un contexte particulier :

« La présente Directive ne saurait, notamment, avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services. »⁷⁴

En règle générale, cette réserve pourrait s'appliquer dans les cas où certains postes considérés comme physiquement très exigeants sont refusés aux personnes d'un certain âge ou souffrant d'un handicap. À cet égard, l'article 3, paragraphe 4, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail autorise les États membres à exclure expressément l'application de ses dispositions aux forces armées. Quoique cette disposition ne figure pas dans la Directive 2006/54/CE relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue), il est possible d'imaginer comment elle pourrait s'appliquer en se penchant sur deux affaires concernant des cas de discrimination fondée sur le sexe dans les forces armées. La CJCE a examiné ces affaires à la lumière de l'article 2, paragraphe 2, de la Directive 76/207/CEE (ci-après la « Directive sur l'égalité de traitement »), lequel prévoyait le moyen de défense tiré de l'« exigence professionnelle essentielle » que l'on retrouve désormais à l'article 14, paragraphe 2, de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

Exemple : dans l'affaire *Sirdar*, la requérante servait en qualité de cuisinière professionnelle dans un régiment de commando lorsqu'elle fut avisée de son licenciement pour raisons économiques à la suite d'une décision de réduction des dépenses militaires introduisant le principe de l'« interopérabilité » au sein des unités commandos⁷⁵. En vertu de l'exigence d'interopérabilité, tous les *Royal Marines* devaient être capables d'assurer un rôle de combat, ce en raison de la pénurie de main-d'œuvre. La CJCE a reconnu que la composition exclusivement masculine des unités commandos était justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité des combats, de sorte que le principe

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 (JO L 303 du 2.12.2000, p. 16).

75 Arrêt de la CJCE du 26 octobre 1999 dans l'affaire C-273/97, *Sirdar c. The Army Board et Secretary of State for Defence*, Recueil 1999, p. I-7403.

d'interopérabilité excluait la présence de femmes. Elle a admis, en effet, que les unités constituaient une force spécialisée, mais d'effectif modeste, qui en cas d'attaque intervenait généralement en première ligne, et que la règle de l'interopérabilité était, dès lors, nécessaire pour assurer l'efficacité au combat de ces unités.

Exemple : dans l'affaire *Kreil*, la requérante avait sollicité un poste d'ingénieur électricien dans les forces armées⁷⁶. Ce poste lui avait toutefois été refusé, au motif que les femmes étaient exclues des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et n'avaient accès qu'aux services de santé et aux formations de musique militaire. La CJCE a estimé que cette exclusion était trop vaste, étant donné qu'elle s'appliquait à la quasi-totalité des postes militaires au seul motif que les femmes nommées à ces postes pouvaient être appelées à utiliser des armes. Elle a précisé que toute justification de l'exclusion aurait dû être plus étroitement liée aux fonctions généralement exécutées dans le cadre de ces postes particuliers. La CJCE a aussi mis en doute la crédibilité de la justification avancée par le gouvernement, dans la mesure où, dans les services accessibles aux femmes, ces dernières demeuraient tenues de suivre une formation au maniement des armes, afin d'apprendre à se défendre ou à porter secours à autrui. La mesure n'était donc pas proportionnée à la réalisation de l'objectif visé. La CJCE a considéré, de surcroît, qu'aucune distinction ne pouvait être établie entre les hommes et les femmes au motif que ces dernières devaient être davantage protégées, à moins que les dispositions prises ne fussent liées à des facteurs spécifiques à la condition des femmes, tels que la nécessité de protéger les femmes durant leur grossesse.

Il pourrait se révéler plus difficile, au fil du temps, de justifier une discrimination fondée sur le sexe par la nécessité d'assurer l'efficacité ou l'efficacité de services de sécurité ou d'urgence particuliers, compte tenu de l'évolution dans les attitudes sociales et dans les rôles des hommes et des femmes. Au demeurant, les États membres sont tenus de réexaminer périodiquement à la lumière de cette évolution s'il y a lieu de maintenir les mesures restrictives en vigueur⁷⁷.

76 Arrêt de la CJCE du 11 janvier 2000 dans l'affaire C-285/98, *Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, Recueil 2000, p. I-69.

77 Article 31, paragraphe 3, de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

2.6.4.2. Les institutions religieuses

La Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) autorise spécifiquement les organisations fondées sur une « religion » ou des « convictions » à imposer certaines conditions à leurs employés. Son article 4, paragraphe 2, dispose que la Directive est sans préjudice du « droit des Églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions [...] de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ». Qui plus est, les employeurs liés à des organisations religieuses peuvent relever du champ d'application de l'« exigence professionnelle essentielle », en vertu de laquelle une différence de traitement fondée sur les principes religieux de ces organisations ne constitue pas une discrimination.

L'article 4, paragraphes 1 et 2, permet à des organisations telles que des Églises de refuser, par exemple, que des femmes exercent les fonctions de prêtre ou de pasteur lorsque cela est incompatible avec l'éthique de la religion concernée. Si la Cour de justice européenne n'a pas encore eu l'occasion de statuer sur l'interprétation de cette disposition, certaines juridictions nationales ont eu à connaître d'affaires relatives à ce domaine. Dans les deux exemples cités ci-après, le moyen de défense tiré de la religion ou des convictions religieuses a été invoqué pour justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle.

Exemple : dans une affaire portée devant la juridiction finlandaise, l'Église évangélique luthérienne de Finlande avait refusé de nommer au poste d'aumônier (vicaire adjoint) une personne entretenant une relation homosexuelle⁷⁸. Le Tribunal administratif de Vaasa a annulé la décision de l'Église au motif que l'hétérosexualité ne pouvait pas être considérée comme une exigence professionnelle essentielle pour ce poste. Le tribunal a mis l'accent sur l'absence de mention relative à l'orientation sexuelle dans le règlement intérieur de l'Église concernant la nomination des vicaires et aumôniers.

Exemple : dans l'affaire *Amicus*, un tribunal britannique a été appelé à statuer sur la compatibilité avec la Directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail de la réglementation nationale transposant le moyen de défense tiré de l'exigence professionnelle essentielle dans le cadre des organisations

⁷⁸ Tribunal administratif de Vaasa, Finlande, Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 187-1.

religieuses⁷⁹. Le tribunal a fait observer que toute exception au principe de l'égalité de traitement devait être interprétée strictement. Le libellé de la réglementation nationale autorisait une différence de traitement lorsque l'emploi était « *for the purposes of an organised religion* » [est assuré aux fins d'une religion organisée] et le tribunal a souligné que cette expression avait une portée nettement plus restrictive que l'expression « *for purposes of a religious organisation* » [pour les besoins d'une organisation religieuse]. Le tribunal s'est rallié aux arguments du gouvernement selon lesquels cette exception ne serait appliquée que pour un nombre très limité de postes liés à la promotion et à la représentation de la religion, tels que ceux de ministre du culte. L'exception en question ne permettait pas à des organisations religieuses telles des écoles confessionnelles ou des maisons de soins d'obédience religieuse d'arguer que les fonctions de professeur (assurées à des fins d'éducation) ou d'infirmier/infirmière (assurées à des fins de santé) s'inscrivent dans le cadre des finalités d'une religion organisée.

2.6.4.3. Les exceptions fondées sur l'âge

L'article 6 de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prévoit deux motifs distincts de justification des différences de traitement fondées sur l'âge.

L'article 6, paragraphe 1, autorise la discrimination fondée sur l'âge lorsque celle-ci est justifiée par « des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle », pour autant qu'elle satisfasse à l'obligation de proportionnalité. La Directive fournit un nombre limité d'exemples de cas dans lesquels une différence de traitement peut être justifiée : l'article 6, paragraphe 1, point b), dispose que les différences de traitement peuvent notamment comprendre « la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi ». Toutefois, la liste fournie ne prétend pas être exhaustive et pourrait donc être étendue au cas par cas.

⁷⁹ *Amicus MSF Section, R (sur requête de) c. Secretary of State for Trade and Industry* (2004) EWHC 860 (Admin), *High Court* du Royaume-Uni, 26 avril 2004. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal).

L'article 6, paragraphe 2, autorise la discrimination fondée sur l'âge relativement à l'accès à des régimes professionnels de sécurité sociale et aux prestations prévues par ces régimes, sans exiger que les mesures concernées soient proportionnées.

Exemple : dans l'affaire *Palacios*, la CJCE a été saisie d'une demande préjudicielle concernant l'application de l'article 6 dans le contexte de l'âge obligatoire de départ à la retraite et a eu ainsi l'occasion de se pencher, pour la première fois, sur la portée de cette disposition⁸⁰. Après avoir constaté que l'âge obligatoire de départ à la retraite ne relève pas de l'article 6, la CJCE a tenté de déterminer si la mesure en cause pouvait être objectivement justifiée et elle a considéré comme pertinents à cet effet les éléments suivants :

- en premier lieu, la mesure avait été adoptée, à l'origine, pour créer des opportunités sur le marché du travail dans un contexte économique caractérisé par un niveau de chômage élevé ;
- en deuxième lieu, des éléments probants révélèrent que la disposition transitoire avait été adoptée à l'instigation des organisations syndicales et des associations d'employeurs, en vue de promouvoir l'accès à l'emploi par une meilleure distribution de celui-ci entre les générations ;
- en troisième lieu, la loi n° 14/2005 avait à nouveau été promulguée avec la coopération des organisations syndicales et des associations d'employeurs, cette fois-ci avec l'exigence expresse que la mesure fût « liée à des objectifs formulés dans la convention collective et compatibles avec la politique de l'emploi » ;
- en quatrième lieu, la clause de mise à la retraite d'office avait été introduite dans la convention collective « dans le but d'encourager l'emploi ».

À la lumière de ces facteurs, la CJCE a considéré que « [a]insi replacée dans son contexte, la disposition transitoire vis[ait] « à réguler le marché national de l'emploi, notamment aux fins d'enrayer le chômage », et elle a décidé, sur cette base, que la convention collective poursuivait un objectif légitime. Cet élément ayant été établi, elle devait ensuite examiner si la mesure était « appropriée et nécessaire » pour atteindre cet objectif légitime. Elle a rappelé, à cet égard, que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation en matière de politique sociale et de l'emploi, ce qui peut donner lieu à des « dispositions spécifiques qui peuvent varier selon la situation des États membres ». De l'avis de la CJCE, l'élément fondamental était le fait que les

80 Arrêt de la CJCE du 16 octobre 2007 dans l'affaire C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, Recueil 2007, p. I-8531.

travailleurs devaient avoir accès à une pension de retraite « dont le niveau ne saurait être considéré comme déraisonnable ». Tout aussi important était le fait que les dispositions en cause étaient déterminées par des conventions collectives élaborées de concert avec les organisations syndicales et les associations d'employeurs, ce qui conférait au processus un certain niveau de flexibilité. De la sorte, la décision de mise à la retraite pouvait prendre dûment en compte la situation globale du marché de travail concerné et les caractéristiques propres aux emplois en cause. Eu égard à ces éléments, la CJCE a considéré que la mesure transitoire qui affectait M. Palacios et la convention collective étaient objectivement justifiées et, partant, compatibles avec le droit de l'UE. Il ressort de l'approche mise en lumière par la CJCE que l'article 6 doit faire l'objet d'un examen identique à celui auquel l'exigence de justification objective est soumise pour les autres motifs de discrimination prohibés, comme expliqué ci-dessus.

Exemple : dans l'affaire *MacCulloch*, il était demandé à la Cour d'appel du Royaume-Uni de se prononcer sur les régimes d'indemnités de licenciement qui prévoyaient l'augmentation du montant des indemnités en fonction de l'âge et de la durée de service des salariés⁸¹. Ces régimes avaient pour conséquence évidente que les employés plus âgés et ayant davantage d'ancienneté avaient droit à des indemnités de licenciement nettement supérieures à celles auxquelles les membres du personnel plus jeunes et engagés plus récemment pouvaient prétendre. La juridiction britannique a reconnu que ce régime pouvait, en principe, se justifier comme un moyen de remercier pour leur loyauté les travailleurs ayant le plus d'ancienneté, d'octroyer des indemnités plus importantes aux employés plus âgés afin de tenir compte de leur vulnérabilité sur le marché du travail et d'encourager ces travailleurs à se retirer pour laisser la place à d'autres plus jeunes. Toutefois, elle a formulé aussi quelques indications quant à l'approche à suivre en matière de justification objective, en précisant qu'il convenait d'examiner en profondeur la question de la proportionnalité avant de formuler une quelconque conclusion quant à la justification objective.

Exemple : dans l'affaire *Hütter*, la CJCE était saisie d'une demande préjudicielle concernant une loi autrichienne qui excluait la prise en compte des périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans aux fins de la détermination des rémunérations. M. Hütter et une collègue avaient tous deux effectué une période

81 *MacCulloch c. Imperial Chemical Industries plc* (2008) IRLR 846, UK Employment Appeals Tribunal, 22 juillet 2008.

d'apprentissage auprès de la Technische Universität Graz (TUG), au terme de laquelle un contrat de travail de trois mois leur avait été proposé. En application de la loi susmentionnée, la rémunération de M. Hütter, âgé d'un peu plus de 18 ans, avait été déterminée sur la base d'une expérience de travail acquise de 6,5 mois, tandis que sa collègue, plus âgée que lui de 22 mois, avait vu sa rémunération fixée sur la base d'une expérience acquise de 28,5 mois. Cette méthode de calcul avait donné lieu à une différence de traitement mensuel, bien que tous deux eussent atteint des niveaux d'expérience similaires.

M. Hütter avait alors saisi la juridiction nationale d'un recours dans lequel il faisait valoir que la législation était plus favorable aux personnes ayant acquis leur expérience professionnelle après avoir atteint l'âge de 18 ans. La CJCE a reconnu que les objectifs fondamentaux de la législation pouvaient être considérés comme légitimes, à savoir : 1) ne pas défavoriser les personnes ayant suivi une scolarité secondaire d'enseignement général par rapport à celles issues de l'enseignement professionnel ; 2) ne pas renchérir, pour le secteur public, le coût de l'apprentissage professionnel, et favoriser ainsi l'insertion des jeunes ayant suivi ce type de formation sur le marché de l'emploi. Tout en indiquant que chaque État membre disposait d'une large marge d'appréciation pour déterminer si les objectifs légitimes sont appropriés et nécessaires, la CJCE a estimé que l'Autriche n'avait pas présenté une justification objective, dans la mesure où la législation avait un impact disproportionné sur les travailleurs les plus jeunes, notamment lorsque, en dépit d'une expérience équivalente à celle d'autres travailleurs plus âgés, l'âge du candidat avait une incidence sur le montant de sa rémunération, comme c'était le cas en l'espèce.

Il y a lieu de noter que cette approche se compare à celle de la CouEDH qui, dans le cadre de l'affaire *Stec*, a eu à se prononcer sur les différences en matière d'âge d'ouverture des droits à pension au regard de la CEDH (voir point 4.2.). À cet égard, les exceptions relatives à l'âge concordent avec les approches juridictionnelles concernant les justifications invoquées en matière d'emploi et de la politique sociale.

Points clés

- La CEDH prévoit que la discrimination directe peut être légitimée par un moyen de défense général, alors que le droit de l'UE dispose que seuls des moyens de défense spécifiques, s'inscrivant dans le contexte de l'emploi, peuvent servir à justifier pareille discrimination.

- Tant dans le cadre du droit de l'UE que dans celui de la CEDH, la discrimination indirecte doit faire l'objet d'un moyen de défense général tiré de la justification objective.
- Une différence de traitement peut être justifiée si elle poursuit un objectif légitime et si les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires.
- Outre le moyen de défense général prévu par la législation de l'UE en matière de non-discrimination pour légitimer un cas de discrimination indirecte, il existe aussi d'autres moyens de défense plus spécifiques : i) l'exigence professionnelle essentielle ; ii) les exceptions relatives aux organisations religieuses ; iii) les exceptions particulières concernant la discrimination fondée sur l'âge.
- L'âge est la seule caractéristique protégée par les Directives de l'UE pour laquelle la discrimination directe peut être objectivement justifiée.

Lectures complémentaires

Bamforth, N., Malik, M., et O'Conneide, C., *Discrimination Law: Theory and Context* [Le droit de la discrimination : théorie et contexte], Sweet and Maxwell, Londres, 2008, chapitres 4, 5, 6 et 8.

Barnard, C., *EC Employment Law* [La législation communautaire en matière d'emploi], Oxford University Press, Oxford, 2009, chapitres 6 à 10.

Bercusson, B., *European Labour Law* [Le droit du travail de l'Union européenne], Cambridge University Press, Cambridge, 2009, chapitres 10, 11 et 22.

Dubout, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution ? Épilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 75, 2008.

Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law* [Le droit en matière d'anti-discrimination de l'Union européenne], Oxford University Press, Oxford, 2005, chapitre 6.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* [La stratégie du contentieux en matière de discrimination raciale en Europe : des principes à la pratique], Russell Press, Nottingham, 2004, annexe 5.

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2008.

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Au-delà de l'égalité formelle. L'action positive au titre des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007 (disponible en allemand, anglais et français).

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *La discrimination fondée sur l'âge et le droit européen*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005 (disponible en allemand, anglais et français).

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Religion et convictions : discrimination dans l'emploi*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006 (disponible en allemand, anglais et français).

Fredman, S., *Discrimination Law* [Le droit de la discrimination], Oxford University Press, Oxford, 2002, chapitre 4.

Heyden and von Ungern-Sternberg, « Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2009.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* [La non-discrimination dans le droit international], Interights, Londres, 2005, chapitres 3 et 4.

Marguénaud, « L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie : Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 78, 2009.

Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* [L'établissement par la Cour européenne des droits de l'homme d'obligations positives au titre de la Convention européenne des droits de l'homme], Hart Publishing, Oxford, 2004, chapitre 7.

Schiek, D., Waddington, L., et Bell, M. (éditeurs), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* [Affaires, documentation et actes relatifs au droit national, supranational et international en matière de non-discrimination], Hart Publishing, Oxford, 2007, chapitres 2, 3 et 7.

3

Le champ d'application du droit européen de la non-discrimination

3.1. Introduction

Si le droit européen de la non-discrimination interdit la discrimination directe et indirecte, cette interdiction ne couvre que certains contextes. Dans l'Union européenne, la législation relative à la non-discrimination a été introduite en vue de faciliter le fonctionnement du marché intérieur, ce qui explique qu'elle ait été confinée, par le passé, au secteur de l'emploi. Avec l'entrée en vigueur, en 2000, de la Directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE), le champ d'application de la législation a été étendu de manière à inclure l'accès aux biens et aux services, ainsi que l'accès au régime de prévoyance national, la conviction s'étant fait jour que, pour garantir l'égalité de traitement sur le lieu de travail, il était aussi nécessaire de garantir l'égalité dans d'autres domaines pouvant avoir une incidence sur l'emploi. Par la suite, l'adoption de la Directive 2004/113/CE a permis d'élargir l'application du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes à l'accès aux biens et aux services. Cependant, les dispositions de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (2000/78/CE) — qui est entrée en vigueur en 2000 et qui interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le handicap, l'âge, la religion ou les convictions religieuses — s'appliquent uniquement dans le contexte de l'emploi. Comme indiqué au point 1.1.2., le législateur européen examine toutefois la possibilité d'élargir la protection de ces motifs au domaine des biens et des services ainsi qu'à celui de l'accès au régime de prévoyance sociale.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit, quant à lui, la jouissance sans distinction aucune des droits fondamentaux qu'elle consacre. De plus, le Protocole n° 12 à la Convention, qui est entré en vigueur

en 2005, étend la portée de l'interdiction générale de discrimination à tout droit prévu par la législation nationale, quand bien même il ne relèverait pas du champ d'application d'un droit édicté par la Convention. Il convient néanmoins de souligner que seuls 17 des 47 membres du Conseil de l'Europe — parmi lesquels figurent six États membres de l'UE — ont ratifié le Protocole n° 12, ce qui signifie qu'il existe, entre les États membres de l'UE, différents niveaux d'obligations dans le cadre du droit européen de la non-discrimination.

Dans le présent chapitre, nous délimiterons le champ d'application de cette législation, en commençant par une présentation générale de la portée de l'article 14 de la CEDH et du Protocole n° 12 à cette Convention, ainsi que de la méthode adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme pour déterminer leur cadre d'application. Nous examinerons ensuite certains aspects particuliers couverts par les Directives relatives à la non-discrimination, en indiquant ceux correspondant à des matières également couvertes par l'article 14. Enfin, nous passerons en revue les domaines dans lesquels la CEDH s'applique au-delà du cadre spécifique du droit de l'Union européenne, tel celui des obligations d'enquêter qui peuvent peser sur les États en certaines circonstances ou encore celui de la « sphère personnelle ».

3.2. Qui jouit d'une protection au titre du droit européen de la non-discrimination ?

Quelques observations s'imposent, à titre liminaire, concernant les bénéficiaires de la protection prévue par le droit de l'UE et la CEDH. La Convention garantit une protection à toute personne relevant de la juridiction d'un État membre, qu'elle soit ou non ressortissante de cet État ; cette protection s'étend aux zones situées en dehors du territoire national et placées sous le contrôle effectif de l'État (comme les territoires occupés, par exemple)⁸². Par contre, la protection offerte par le droit de l'UE a une portée plus limitée : en vertu de ce droit, l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité s'applique dans le cadre de la libre circulation des personnes, et la protection contre cette forme de discrimination est réservée aux seuls ressortissants des États membres de l'UE. En outre, les Directives relatives à la non-discrimination prévoient un certain nombre d'exclusions de l'application de leurs dispositions à l'égard des ressortissants de pays tiers. Par « ressortissant d'un pays tiers », il convient d'entendre un citoyen d'un État non membre de l'UE.

⁸² *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, CouEDH, 18 décembre 1996.

Les Directives relatives à la non-discrimination excluent expressément l'application de leurs dispositions à la discrimination fondée sur la nationalité, cette matière étant régie par la Directive sur la libre circulation⁸³. Aux termes de cette dernière, seuls les citoyens de l'Union jouissent d'un droit d'entrée et de séjour dans les autres États membres de l'UE. Les citoyens de l'Union ayant séjourné légalement pendant une période ininterrompue de cinq ans sur le territoire d'un État membre d'accueil acquièrent un droit de séjour permanent sur son territoire, ce qui leur confère des droits équivalents à ceux reconnus aux personnes ayant le statut de « travailleurs ». Cela ne signifie pas pour autant que les ressortissants d'autres États membres ne bénéficient pas d'une protection au titre des Directives relatives à la non-discrimination. À titre d'exemple, un homosexuel de nationalité allemande qui travaille en Grèce et se voit licencier en raison de son orientation sexuelle pourra se prévaloir de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Néanmoins, si la victime porte plainte pour discrimination fondée sur la nationalité, elle devra soit tenter de faire valoir le motif de la race ou de l'origine ethnique pour faire reconnaître la discrimination, soit s'appuyer sur les dispositions de la Directive sur la libre circulation.

Tant la Directive sur l'égalité raciale que la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail disposent qu'elles ne créent aucun droit à l'égalité de traitement pour les ressortissants de pays tiers en ce qui concerne les conditions d'entrée et de séjour. La seconde des Directives précitées indique, en outre, qu'elle ne confère aux ressortissants de pays tiers aucun droit à l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi et au travail. La Directive sur l'égalité raciale précise qu'elle s'entend sans préjudice de « tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers ». Les États membres ne sont pas autorisés, pour autant, à exclure toute protection en faveur des ressortissants de pays tiers, puisqu'il est établi, dans le préambule de la Directive, que celle-ci s'applique aussi à ces derniers, excepté en matière d'accès à l'emploi. La Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) et celle sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ne prévoient aucune exclusion de la protection pour les ressortissants de pays tiers.

En vertu de la Directive sur les ressortissants de pays tiers, ces derniers peuvent néanmoins jouir du droit à l'égalité de traitement dans à peu près les mêmes domaines que ceux couverts par les Directives relatives à la non-discrimination

83 Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO L 158 du 30.4.2004, p. 77).

dès lors qu'ils acquièrent le statut de « résident de longue durée ». Pour ce faire, la Directive requiert, entre autres conditions, que les ressortissants aient résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire de l'État d'accueil pendant cinq ans⁸⁴. De plus, la Directive relative au droit au regroupement familial permet aux ressortissants de pays tiers résidant légalement dans un État membre d'être rejoints par des membres de leur famille, moyennant certaines conditions⁸⁵.

Bien entendu, les dispositions prévues par le droit de l'UE n'empêchent pas les États membres de définir des conditions plus favorables dans leur propre droit national. En outre, la jurisprudence de la CouEDH (voir point 4.7.) montre que, même si un État peut considérer que des ressortissants et des non-ressortissants ne sont pas dans une situation comparable (et s'il est dès lors admis, dans certaines circonstances, qu'on puisse établir une différence de traitement entre eux), tous les droits consacrés par la CEDH doivent, en principe, être garantis de manière égale à toutes les personnes relevant de la juridiction de l'État concerné. À cet égard, la Convention impose aux États contractants des obligations à l'égard des ressortissants de pays tiers qui, dans certains domaines, vont au-delà des exigences fixées par le droit de l'UE.

3.3. Le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme : article 14 et Protocole n° 12

3.3.1. Nature de l'interdiction de la discrimination établie par la Convention

L'article 14 garantit l'égalité dans « [l]a jouissance des droits et libertés » reconnus dans la CEDH. Il s'ensuit que la CouEDH n'a compétence pour statuer sur une procédure pour discrimination que si celle-ci a pour objet un litige concernant un des droits protégés par la Convention.

84 Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (JO L 16 du 23.1.2004, p. 44).

85 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251 du 3.10.2003, p. 12).

À chaque fois que la CouEDH examine une allégation de violation de l'article 14, elle le fait sous l'angle d'un droit matériel. Il est fréquent qu'un requérant se plaigne d'une violation d'un droit substantiel et allègue, de surcroît, une violation de ce droit substantiel combiné avec celui consacré par l'article 14. Le requérant fait ainsi valoir, d'une part, que le traitement qui lui a été réservé ne satisfaisait pas aux exigences inhérentes au droit substantiel concerné et a porté atteinte à ses droits, et, d'autre part, qu'il était constitutif d'une discrimination à son égard, d'autres personnes placées dans une situation comparable n'ayant pas été pareillement défavorisées. Comme il est indiqué au chapitre 4, lorsque la CouEDH conclut à la violation du droit matériel invoqué, il n'est pas rare qu'elle renonce à se prononcer sur la discrimination alléguée lorsque l'examen de celle-ci la conduirait à statuer sur un grief pour l'essentiel identique.

Dans la présente partie, nous décrivons brièvement les droits garantis par la CEDH, puis nous expliquerons comment la CouEDH a interprété la portée de la Convention aux fins de l'application de l'article 14.

3.3.1.1. Les droits couverts par la Convention

L'article 14 ne pouvant entrer en jeu que dans l'hypothèse d'une discrimination fondée sur l'un des droits substantiels garantis par la CEDH, il importe d'avoir une bonne compréhension de ces droits. Quoiqu'ils soient, en majeure partie, de nature « civile et politique », la Convention protège aussi certains droits « économiques et sociaux ».

Les droits substantiels reconnus par la CEDH couvrent des domaines exceptionnellement vastes. On peut citer ainsi le droit à la vie, le droit au respect de la vie privée et familiale, et la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Dès lors qu'une question de discrimination se rapporte à l'un des domaines couverts par les droits garantis par la CEDH, la CouEDH peut examiner un grief de violation de l'article 14.

Il s'agit là d'une distinction extrêmement importante entre le droit de l'UE et la CEDH, en ce sens que cette dernière garantit une protection contre la discrimination dans des domaines qui ne sont pas régis par le droit de l'UE en matière de non-discrimination. Bien que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne oblige l'Union à ne pas porter atteinte aux droits de l'homme dans le cadre des mesures qu'elle adopte (cette obligation englobant l'interdiction de la discrimination), force est de souligner qu'elle ne s'applique aux États membres

que lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'UE. Si la Charte ne lie les États membres que dans ce cas de figure limité, c'est simplement parce que l'Union européenne en tant que telle ne dispose pas réellement, au sein des États membres, d'un appareil administratif qui lui permettrait d'assurer la mise en œuvre du droit de l'UE et que cette tâche incombe donc aux administrations des États membres eux-mêmes. En conséquence, la Charte n'a aucun effet dans les domaines pour lesquels les États membres n'ont pas délégué de pouvoirs à l'Union européenne.

Depuis l'introduction des Directives relatives à la non-discrimination et l'extension de la protection à l'accès aux biens et aux services ainsi qu'au régime de prévoyance sociale, l'écart entre la portée de la protection offerte par la Convention et celle de la protection offerte par les Directives s'est amenuisé. Il reste néanmoins possible de déterminer certains domaines particuliers où la CEDH confère une protection supérieure à celle prévue par le droit de l'UE. Ces domaines seront examinés ci-après.

3.3.1.2. La portée des droits consacrés par la Convention

Dans les arrêts où elle a été amenée à se prononcer sur l'application de l'article 14, la CouEDH a conféré une portée assez vaste aux droits consacrés par la Convention :

- premièrement, la CouEDH a indiqué qu'elle peut très bien examiner des griefs de violation de l'article 14 combiné avec un droit substantiel garanti par la CEDH en l'absence de violation du droit substantiel en question⁸⁶ ;
- deuxièmement, la CouEDH a précisé que le champ d'application de la CEDH s'étend au-delà du libellé même des droits garantis. En effet, il suffit que les faits de l'espèce concernent, d'une manière générale, des aspects protégés au titre de la Convention.

Exemple : dans l'affaire *Zarb Adami c. Malte*, la requérante alléguait avoir subi une discrimination fondée sur le sexe, en raison de la proportion anormalement élevée d'hommes appelés à assurer la charge du service de jury⁸⁷. L'article 4, paragraphe 2, de la CEDH interdit le travail forcé ou obligatoire. Toutefois, l'article 4, paragraphe 3, point d), dispose que les « obligations civiques normales » ne relèvent pas de la notion de « travail forcé ou obligatoire ». La CouEDH a estimé que,

⁸⁶ Voir, par exemple, *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, CouEDH, 8 juillet 2003.

⁸⁷ *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, CouEDH, 20 juin 2006.

bien que les « obligations civiques normales » ne soient pas couvertes par l'article susmentionné (autrement dit, que la Convention ne confère pas le droit d'être exempté de la charge du service de jury), les faits de l'espèce tombaient sous l'empire du droit conféré par l'article 4. La CouEDH a fondé son raisonnement sur le fait qu'une « obligation civique normale » peut devenir « anormale » dès lors qu'elle est appliquée de manière discriminatoire.

Exemple : dans l'affaire *E.B. c. France*, le litige avait pour objet le refus opposé par les autorités nationales à une demande d'adoption introduite par une femme vivant avec une compagne⁸⁸. La requérante alléguait une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. La CouEDH a constaté qu'il ne lui était pas demandé de trancher la question de savoir si les dispositions de l'article 8 avaient été violées, ce qui à ses yeux était important, dans la mesure où les dispositions en cause ne garantissaient ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter. La CouEDH a néanmoins souligné qu'un grief de discrimination pouvait relever du champ d'application d'un droit particulier même si ce grief ne concernait pas un droit spécifiquement reconnu par la CEDH. Considérant que la France avait créé, dans le cadre de sa législation nationale, un droit à l'adoption, la CouEDH a estimé que les circonstances de l'espèce tombaient assurément sous l'empire de l'article 8 de la Convention. Sur la base des faits de l'espèce, elle a établi que l'orientation sexuelle de la requérante avait joué un rôle déterminant dans la décision des autorités de rejeter sa demande d'agrément en vue d'adopter et que ce rejet était constitutif d'un traitement discriminatoire par rapport aux personnes célibataires autorisées à adopter en vertu de la législation nationale.

Exemple : dans l'affaire *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, les requérants alléguaient que l'interdiction qui leur était faite par l'État de se porter candidats à un emploi dans la fonction publique ainsi que dans diverses branches du secteur privé portait atteinte à leur droit au respect de la vie privée⁸⁹. Bien que la CEDH ne garantisse nullement un droit au travail, la CouEDH a considéré que cette interdiction relevait du champ d'application de l'article 8 car elle « affect[ait] au plus haut point leur capacité à nouer des liens avec le monde extérieur et leur caus[ait] de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui a[vait] des répercussions évidentes sur leur vie privée »⁹⁰.

88 *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, CouEDH, 22 janvier 2008.

89 *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, n°s 55480/00 et 59330/00, CouEDH, 27 juillet 2004.

90 *Ibid.*, § 48.

Exemple : dans l'affaire *Carson et autres c. Royaume-Uni*, les requérants faisaient grief au gouvernement d'avoir exercé à leur égard une discrimination fondée sur leur pays de résidence en refusant de revaloriser leur pension de retraite sur la même base que les retraités résidant au Royaume-Uni ou dans un des pays avec lesquels le Royaume-Uni avait conclu un accord bilatéral en la matière⁹¹. La CouEDH a estimé que, bien que la CEDH ne garantisse aucun droit aux prestations de sécurité sociale et à une pension, dès lors que l'un des États contractants met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale ou d'une pension, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

De même, la CouEDH a constaté dans de nombreuses autres affaires que, dès lors qu'une prestation est octroyée par l'État, sous quelque forme que ce soit, celle-ci relève du champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1⁹² (car elle est alors considérée comme un droit de propriété)⁹³ ou de l'article 8 de la CEDH (car elle affecte la vie privée ou familiale)⁹⁴ aux fins de l'application de l'article 14. Cet élément se révèle particulièrement important en ce qui concerne la discrimination fondée sur la nationalité (comme expliqué au point 3.2.), car la législation de l'UE est beaucoup plus restrictive à cet égard.

3.3.1.3. Le Protocole n° 12

Le Protocole n° 12 interdit tout acte de discrimination lié à la « jouissance de tout droit prévu par la loi ». Sa portée est donc plus vaste que celle de l'article 14, qui concerne uniquement les droits garantis par la Convention. Les commentaires fournis sur la signification de ces termes dans le rapport explicatif du Conseil de l'Europe

91 *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CouEDH, 16 mars 2010.

92 Une étude complète sur l'article 1^{er} du Protocole n° 1 peut être consultée sur la page « Formation aux droits de l'homme pour des professionnels du droit » du site internet du Conseil de l'Europe: Grgić, A., Mataga, Z., Longar, M., et Vilfan, A., *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 10, 2007, disponible à l'adresse www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123.

93 Voir, entre autres, les arrêts suivants: *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CouEDH, 12 avril 2006 (pensions de retraite et prestations d'invalidité) ; *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CouEDH, 18 février 2009 (pensions de retraite) ; *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CouEDH, 30 septembre 2003 (prestations d'invalidité) ; *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, CouEDH, 16 septembre 1996 (allocations de chômage).

94 Par exemple, *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05, CouEDH, 31 mars 2009 (prestation de sécurité sociale destinée à aider les familles avec enfants).

indiquent que l'article 1^{er} dudit Protocole couvre les cas où une personne fait l'objet d'une discrimination :

- i. dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national ;
- ii. dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, c'est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière ;
- iii. de la part des autorités publiques du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (par exemple, l'octroi de certaines subventions) ;
- iv. du fait d'autres actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple, le comportement des agents responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute). »⁹⁵

Les commentaires du rapport explicatif précisent aussi que, si le Protocole protège principalement les individus contre toute discrimination exercée par une autorité publique, il couvre aussi les relations entre particuliers dans la sphère publique normalement régie par la loi, « par exemple le refus arbitraire d'accès au travail, d'accès à des restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité, etc. »⁹⁶. D'une manière générale, le Protocole n° 12 interdit toute discrimination dans des contextes ne relevant pas de la sphère strictement personnelle et où des personnes exercent des fonctions qui les mettent en mesure de décider de la manière d'offrir des biens et des services destinés au public.

Dans la seule affaire dont la CouEDH ait été saisie au titre de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 (affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, mentionnée au point 4.6.), celle-ci a déclaré que cette disposition introduisait « une interdiction générale de la discrimination ». Elle a aussi précisé que son analyse des cas de discrimination sous l'angle du Protocole n° 12 serait identique à celle déjà établie dans le contexte de l'article 14.

95 Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Série des traités européens n° 177, rapport explicatif, point 22. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm>.

96 Ibid., point 28.

3.4. Le champ d'application des Directives de l'UE relatives à la non-discrimination

Dans le cadre des Directives relatives à la non-discrimination, la portée de l'interdiction de la discrimination s'étend à trois domaines : l'emploi, le système de prévoyance sociale, et les biens et services. Dans sa formulation actuelle, la Directive sur l'égalité raciale s'applique à ces trois domaines. Bien qu'une proposition visant à étendre le champ d'application de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail à ces trois domaines soit à l'étude, cette Directive ne s'applique, pour l'heure, qu'au domaine de l'emploi. La Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) et celle sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services couvrent les domaines de l'emploi et de l'accès aux biens et aux services, mais pas celui de l'accès au système de prévoyance sociale.

3.4.1. L'emploi

La protection offerte contre la discrimination en matière d'emploi englobe toutes les caractéristiques protégées par les Directives relatives à la non-discrimination.

3.4.1.1. L'accès à l'emploi

La notion d'« accès à l'emploi » a fait l'objet d'une interprétation large de la part de la Cour de justice de l'Union européenne.

Exemple : dans l'affaire *Meyers/Adjudication Officer*, la CJCE a considéré que l'accès à un emploi « ne concern[ait] pas seulement les conditions existant avant la naissance d'une relation de travail », mais aussi tous les facteurs censés être pris en considération par la personne intéressée avant de décider d'accepter ou non une offre d'emploi⁹⁷. Elle a estimé en outre que, dans le cadre de l'affaire *Meyers*, l'octroi d'une prestation sociale particulière (liée aux revenus) était susceptible de relever de ce domaine, dans la mesure où la décision d'un candidat d'accepter ou de refuser un poste risquait d'être influencée par la possibilité ou non de bénéficier de cette prestation. Cette considération avait, par conséquent, une incidence sur l'accès à l'emploi.

97 Arrêt de la CJCE du 13 juillet 1995 dans l'affaire C-116/94, *Meyers c. Adjudication Officer*, Recueil 1995, p. I-2131.

Exemple : dans l'affaire *Schnorbus/Land Hessen*, la requérante avait posé sa candidature à un stage de formation en vue de pouvoir prétendre à un poste dans la magistrature⁹⁸. En vertu de la législation nationale, les candidats à un poste dans la magistrature devaient réussir un premier examen d'État, puis effectuer une période de stage et enfin réussir un second examen. La requérante avait réussi le premier examen mais s'était vu refuser une place de stage au motif qu'il n'y en avait plus de vacantes, de sorte que son admission avait été retardée jusqu'à ce que des places soient à nouveau disponibles. La requérante alléguait avoir subi une discrimination au motif que la priorité avait été accordée à des candidats masculins ayant accompli leur service militaire. La CJCE a estimé que la législation nationale régissant la date d'admission au stage juridique relevait du champ d'application des dispositions sur l'« accès à l'emploi », étant donné que cette période de formation était elle-même considérée comme un « emploi », à la fois en tant que telle et en tant qu'étape essentielle du processus à respecter pour obtenir un poste dans la magistrature.

3.4.1.2. Les conditions d'emploi (y compris les questions en matière de licenciement et de rémunération)

Sur ce point également, l'approche de la CJCE concernant la portée de ce domaine témoigne d'une interprétation assez extensive, puisque celle-ci a conduit finalement à considérer comme s'inscrivant dans cette catégorie toute condition qui découle d'une relation de travail.

Exemple : dans l'affaire *Meyers*, la requérante — une mère célibataire — alléguait une discrimination indirecte fondée sur le sexe à raison de la méthode de calcul utilisée pour déterminer si des parents isolés pouvaient avoir droit à un *family credit* [prestation octroyée pour compléter les ressources des travailleurs à bas salaire assumant la charge d'un enfant]⁹⁹. La juridiction nationale saisit la CJCE d'une demande préjudicielle l'invitant à préciser si l'octroi d'un *family credit* (prestation accordée par l'État) relevait uniquement du domaine de la sécurité sociale ou s'il constituait également une condition d'accès à l'emploi. Pour répondre à cette demande, la CJCE a pris en considération un élément important, à savoir le fait que le *family credit* en question n'était versé que si

98 Arrêt de la CJCE du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-79/99, *Schnorbus c. Land Hessen*, Recueil 2000, p. I-10997.

99 Arrêt de la CJCE du 13 juillet 1995 dans l'affaire C-116/94, *Meyers c. Adjudication Officer*, Recueil 1995, p. I-2131.

les trois conditions suivantes étaient remplies : les revenus du demandeur ne devaient pas excéder un montant déterminé ; le demandeur ou son partenaire devait avoir un emploi ; le demandeur ou son partenaire devait avoir un enfant à charge. La CJCE a établi que l'application de la Directive sur l'égalité de traitement (maintenant remplacée par la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue)) ne pouvait pas être exclue au seul motif que la prestation en question faisait partie d'un système national de sécurité sociale. Elle a adopté, au contraire, une approche plus extensive, en examinant s'il existait un lien entre l'octroi de la prestation et une relation de travail. Pour bénéficier du système de *family credit*, la requérante devait, en l'espèce, produire la preuve que soit elle-même soit son partenaire occupait un emploi rémunéré. La CJCE a considéré que, du fait de l'obligation de démontrer l'existence d'une relation de travail, le système de *family credit* pouvait être classé dans la catégorie des conditions de travail.

En appliquant une définition aussi large au concept de l'emploi et des conditions de travail, la CJCE a été amenée à considérer que la mise à disposition de garderies pour enfants sur le lieu de travail¹⁰⁰ et la réduction du temps de travail¹⁰¹ relevaient aussi de la Directive sur l'égalité de traitement.

La CJCE a adopté également une approche assez globale en matière de licenciement et de rémunération. La notion de « licenciement » couvre pratiquement toutes les situations dans lesquelles il est mis fin à une relation de travail. La CJCE a considéré, par exemple, que cette notion incluait les situations où la cessation de la relation de travail s'inscrivait dans le cadre d'un régime de départ volontaire¹⁰² ou résultait d'une mise à la retraite d'office¹⁰³.

La notion de « rémunération » a été définie à l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comme étant « le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce

100 Arrêt de la CJCE du 19 mars 2002 dans l'affaire C-476/99, *Lommers c. Minister van Landbouw*, Recueil 2002, p. I-2891.

101 Arrêt de la CJCE du 30 mars 2000 dans l'affaire C-236/98, *Jamstalldhetsombudsmannen c. Orebro Lans Landsting*, Recueil 2000, p. I-2189.

102 Arrêt de la CJCE du 16 février 1982 dans l'affaire 19/81, *Burton c. British Railways Board*, Recueil 1982, p. 555.

103 Arrêt de la CJCE du 16 octobre 2007 dans l'affaire C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, Recueil 2007, p. I-8531.

dernier ». Cette définition couvre une vaste palette d'avantages qu'un travailleur perçoit en contrepartie de son engagement dans une relation de travail. La portée de cette définition a été examinée par la CJCE dans diverses affaires dont elle a été saisie. Celle-ci a conclu que tous les avantages associés à un emploi peuvent être considérés comme une « rémunération », y compris les avantages en matière de transport ferroviaire¹⁰⁴, d'indemnités de dépaysement¹⁰⁵, de primes de Noël¹⁰⁶ et de régime professionnel privé de pensions de retraite¹⁰⁷. L'élément essentiel à rechercher pour déterminer s'il y a ou non « rémunération » est une forme quelconque d'avantage découlant de l'existence d'une relation de travail.

3.4.1.3. L'accès à l'orientation et à la formation professionnelles

La CJCE s'est interrogée sur ce qu'il y avait lieu d'entendre par « orientation et formation professionnelles » dans le contexte de la libre circulation des personnes¹⁰⁸, et elle a adopté une définition assez vaste.

Exemple : dans l'affaire *Gravier*, une étudiante de nationalité française souhaitait étudier l'art de la bande dessinée à l'Académie des Beaux-Arts de Liège, en Belgique¹⁰⁹. Un droit d'inscription (ou « minerval ») lui avait été appliqué, alors que les étudiants ressortissants de l'État d'accueil n'étaient pas soumis à cette charge. La CJCE a ainsi conclu :

« [t]oute forme d'enseignement qui prépare à une qualification pour une profession, un métier ou un emploi spécifique, ou qui confère l'aptitude particulière à exercer de tels profession, métier ou emploi, relève de l'enseignement professionnel, quels que soient l'âge et le niveau de formation des élèves ou

104 Arrêt de la CJCE du 9 février 1982 dans l'affaire 12/81, *Garland c. British Rail Engineering Limited*, Recueil 1982, p. 359.

105 Arrêt de la CJCE du 7 juin 1972 dans l'affaire 20/71, *Sabbatini c. Parlement européen*, Recueil 1972, p. 345.

106 Arrêt de la CJCE du 21 octobre 1999 dans l'affaire C-333/97, *Lewen c. Denda*, Recueil 1999, p. 7243.

107 Arrêt de la CJCE du 17 mai 1990 dans l'affaire C-262/88, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Recueil 1990, p. I-1889.

108 Aux termes de l'article 7, paragraphe 3, du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257 du 19.10.1968, p. 2), tout travailleur ressortissant d'un État membre « bénéficie [...] de l'enseignement des écoles professionnelles et des centres de réadaptation ou de rééducation », sans être soumis à des conditions plus défavorables que les travailleurs nationaux.

109 Arrêt de la CJCE du 13 février 1985 dans l'affaire 293/83, *Gravier c. Ville de Liège*, Recueil 1985, p. 593.

des étudiants, et même si le programme d'enseignement inclut une partie d'éducation générale. »

Exemple : cette définition a été appliquée à l'affaire *Blaizot*, dans laquelle le requérant avait présenté une demande d'inscription à des études de médecine vétérinaire¹¹⁰. La CJCE a dit pour droit qu'un enseignement universitaire relève aussi de la notion de « formation professionnelle », même si le diplôme final décerné au terme du programme d'études ne confère pas directement la qualification immédiate pour l'exercice d'une profession, d'un métier ou d'un emploi. Il suffit que le programme en question confère les connaissances et aptitudes spécifiques requises pour l'exercice d'une profession, d'un métier ou d'un emploi. Il s'ensuit qu'un programme d'études peut être considéré comme un programme de « formation professionnelle », y compris dans le cas où un métier particulier ne requiert pas une qualification formelle ou lorsque le diplôme universitaire ne constitue pas, en soi, une condition officielle d'admission à une profession. La seule exception à cette règle concerne « certains cycles d'études particuliers qui, du fait de leurs caractéristiques propres, s'adressent à des personnes désireuses d'approfondir leurs connaissances générales plutôt que d'accéder à la vie professionnelle ».

3.4.1.4. Les organisations de travailleurs et d'employeurs

Ce point concerne non seulement l'adhésion et l'accès à une organisation de travailleurs ou d'employeurs, mais aussi l'engagement des personnes au sein de ces organisations. Il ressort des orientations fournies par la Commission européenne que l'objectif visé est de garantir l'absence de toute discrimination lors de l'affiliation, mais aussi en ce qui concerne les avantages que confère l'appartenance à ces organisations¹¹¹.

3.4.1.5. La Convention européenne et le domaine de l'emploi

Bien que la CEDH ne fasse pas mention d'un « droit à l'emploi », l'article 8 a, dans certaines circonstances, été interprété comme couvrant le domaine de l'emploi. Dans l'affaire *Sidabras et Džiautas c. Lituanie* susmentionnée, la CouEDH a considéré que l'interdiction faite par le gouvernement lituanien aux anciens agents du KGB

110 Arrêt de la CJCE du 2 février 1988 dans l'affaire 24/86, *Blaizot c. Université de Liège e.a.*, Recueil 1988, p. 379.

111 Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM(1999) 566 final du 25.11.1999).

d'occuper des postes dans la fonction publique et dans certaines branches du secteur privé relevait du champ d'application de l'article 8 combiné avec l'article 14, dans la mesure où elle « affect[ait] au plus haut point leur capacité à nouer des liens avec le monde extérieur et leur caus[ait] de graves difficultés quant à la possibilité de gagner leur vie, ce qui a[vait] des répercussions évidentes sur leur vie privée »¹¹². De même, dans l'affaire *Bigaeva c. Grèce*, la CouEDH a dit pour droit que l'article 8 peut également couvrir le domaine de l'emploi et inclure, par exemple, un droit d'accès à une profession¹¹³.

La CouEDH interdit aussi toute discrimination fondée sur l'affiliation à un syndicat. Qui plus est, le droit de fonder avec d'autres des syndicats est garanti par la CEDH comme droit autonome¹¹⁴.

Exemple : dans l'affaire *Danilenkov et autres c. Russie*, les requérants alléguaient avoir été victimes, en raison de leur appartenance à un syndicat, de harcèlement de la part de leur employeur et d'un traitement moins favorable que celui réservé aux autres travailleurs¹¹⁵. Considérant que l'existence d'une discrimination ne pouvait être établie que dans le cadre d'une action pénale, la juridiction nationale saisie rejeta leur recours au civil. Or le procureur général refusa l'ouverture de poursuites pénales au motif que le régime de la preuve applicable en matière pénale imposait à l'État de démontrer « au-delà de tout doute raisonnable » qu'il y avait eu intention de discriminer dans le chef de l'un des responsables de l'entreprise. La CouEDH a conclu que l'absence dans le droit national d'une protection juridictionnelle effective de la liberté d'association pour les organisations syndicales était constitutive d'une violation de l'article 11 combiné avec l'article 14.

3.4.2. L'accès au régime de prévoyance sociale et aux autres formes de sécurité sociale

Parmi toutes les Directives relatives à la non-discrimination, seule la Directive sur l'égalité raciale offre une large protection contre la discrimination en matière d'accès au régime de prévoyance sociale et à d'autres formes de sécurité sociale

112 *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, nos 55480/00 et 59330/00, CouEDH, 27 juillet 2004.

113 *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, CouEDH, 28 mai 2009.

114 À titre d'exemple, voir *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, CouEDH, 12 novembre 2008.

115 *Danilenkov et autres c. Russie*, n° 67336/01, CouEDH, 30 juillet 2009.

(ces dernières englobant l'accès à des avantages en nature détenus « en commun » par l'État dans le cadre, par exemple, du système public de soins de santé, d'enseignement ou de sécurité sociale). La Directive sur le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale consacre cependant le droit à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans le domaine plus restreint de la sécurité sociale.

3.4.2.1. La protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé)

L'étendue exacte du domaine de la protection sociale demeure floue, dans la mesure où la Directive sur l'égalité raciale ne fournit aucune explication à ce sujet et où la Cour de justice européenne n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à cet égard. Comme indiqué *supra*, la Directive 79/7/CEE garantit l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes relativement aux « régimes légaux de sécurité sociale »¹¹⁶. L'article 1, paragraphe 3, de la Directive définit ces régimes comme assurant une protection contre la maladie, l'invalidité, la vieillesse, les accidents du travail et maladies professionnelles et le chômage ; ils couvrent, en outre, les dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où celles-ci sont destinées à compléter les anciens régimes ou à y suppléer.

Il reste malaisé de déterminer avec précision ce qu'il y a lieu d'entendre par « protection sociale », même si l'exposé des motifs de la proposition de la Commission de Directive sur l'égalité raciale et le libellé de la Directive elle-même laissent entendre qu'il s'agit de mesures plus vastes que la « sécurité sociale »¹¹⁷. Compte tenu de l'ampleur que le législateur a voulu conférer à la disposition précitée, il convient sans doute de considérer que tout avantage octroyé par l'État — qu'il s'agisse d'un avantage économique ou en nature — rentre dans la catégorie de la « protection sociale » dans la mesure où il ne figure pas parmi les mesures relevant de la « sécurité sociale ». En ce sens, il est hautement probable que les différents domaines d'application de la Directive sur l'égalité raciale se recoupent.

L'étendue de la protection contre la discrimination dans le domaine des soins de santé reste aussi mal définie. Il semble que celle-ci couvre l'accès aux soins de santé publics dans les établissements où ils sont dispensés, notamment le traitement réservé par

¹¹⁶ Par opposition aux régimes « professionnels », qui sont assimilés à une « rémunération » par la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue).

¹¹⁷ Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (COM(1999) 566 final du 25.11.1999).

le personnel administratif et médical aux patients. Selon toute vraisemblance, cette protection devrait aussi s'appliquer aux systèmes d'assurance, dans le cas de services de santé dispensés par des organismes privés, mais pour lesquels les patients sont remboursés via un régime d'assurance obligatoire. En pareilles circonstances, on peut supposer que le refus d'assurer une personne ou l'application de primes d'assurance accrues au motif de la race ou de l'origine ethnique relèvent du champ d'application de la Directive susmentionnée ou, à titre subsidiaire, de celui de la Directive sur l'égalité de traitement dans l'accès aux biens et aux services.

3.4.2.2. Les avantages sociaux

La portée des « avantages sociaux » a fait l'objet de maintes considérations dans la jurisprudence de la CJCE, au regard de la législation sur la libre circulation des personnes. La CJCE a ainsi donné une définition extrêmement vaste de cette notion.

Exemple : l'affaire *Cristini* avait pour objet un recours formé par une personne de nationalité italienne qui vivait en France avec ses enfants et dont le mari décédé avait été un « travailleur » au sens du droit de l'UE¹¹⁸. Alors que les chemins de fer français délivraient des cartes de réduction sur les prix des transports aux familles nombreuses, ils refusaient d'accorder une telle carte à M^{me} Cristini en raison de sa nationalité. La SNCF faisait valoir que les « avantages sociaux », au sens du droit de l'UE, se limitaient exclusivement à ceux découlant d'un contrat de travail. La CJCE a marqué son désaccord avec cette interprétation, estimant que par « avantages sociaux » il y avait lieu d'entendre également les avantages ou non liés au contrat d'emploi, y compris les réductions sur les prix des transports.

Dans l'affaire *Even*, la CJCE a défini les « avantages sociaux » comme étant :

*« tous ceux qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national, et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît dès lors comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté. »*¹¹⁹

118 Arrêt de la CJCE du 30 septembre 1975 dans l'affaire 32/75, *Anita Cristini (veuve de Eugenio Fiorini) c. SNCF*, Recueil 1975, p. 1085.

119 Arrêt de la CJCE dans l'affaire 207/78, *Ministère public c. Even*, Recueil 1979, p. 2019, point 22.

L'expression « avantages sociaux » s'applique à pratiquement tous les droits dès lors qu'ils satisfont à la définition *Even* : il n'existe pas de distinction entre un droit reconnu de manière absolue et des droits accordés sur une base discrétionnaire. Par ailleurs, la définition susmentionnée n'exclut pas la possibilité de considérer comme des avantages sociaux les droits octroyés après la cessation d'une relation de travail (tels que le droit à une pension de retraite, par exemple)¹²⁰. Dans le contexte de la libre circulation des personnes, on entend en substance par avantage social tout avantage pouvant aider le travailleur migrant à s'intégrer dans la société de l'État d'accueil. Les juridictions ont adopté une approche très progressiste pour déterminer ce qui pouvait être qualifié d'« avantage social », comme en témoignent les trois exemples suivants :

- octroi de prêts sans intérêts à la naissance : bien que la raison d'être de ces prêts fût de favoriser la natalité, la CJCE les a considérés comme des avantages sociaux, dans la mesure où ils devaient permettre d'alléger les charges financières pour les familles à faible revenu¹²¹ ;
- octroi d'une bourse en vertu d'un accord culturel visant à aider des travailleurs nationaux à étudier à l'étranger¹²² ;
- droit de demander qu'une procédure pénale engagée à l'encontre d'une personne se déroule dans la langue de son État d'origine¹²³.

3.4.2.3. L'éducation

La protection contre la discrimination en matière d'accès à l'éducation a été prévue, à l'origine, dans le contexte de la libre circulation des personnes, par l'article 12 du règlement (CEE) n° 1612/68, lequel visait plus particulièrement les enfants des travailleurs. Si le domaine de l'éducation comporte probablement des éléments communs avec celui de la formation professionnelle, il n'est pas aisé de déterminer s'il englobe également les programmes de l'enseignement supérieur uniquement destinés à améliorer des connaissances générales et, partant, exclus du domaine de la formation professionnelle.

120 Arrêt de la CJCE du 24 septembre 1998 dans l'affaire C-35/97, *Commission c. France*, Recueil 1998, p. I-5325.

121 Arrêt de la CJCE du 14 janvier 1982 dans l'affaire 65/81, *Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Recueil 1982, p. 33.

122 Arrêt de la CJCE du 27 septembre 1988 dans l'affaire 235/87, *Matteucci c. Communauté Française de Belgique*, Recueil 1988, p. 5589.

123 Arrêt de la CJCE du 11 mai 1985 dans l'affaire 137/84, *Ministère public c. Mutsch*, Recueil 1985, p. 2681.

Exemple : dans l'affaire *Casagrande/Landeshauptstadt München*, la requérante était la fille d'un ressortissant italien qui travaillait en Allemagne¹²⁴. Les autorités allemandes octroyaient une bourse mensuelle d'entretien aux enfants en âge scolaire en vue de faciliter la « fréquentation de l'enseignement ». La CJCE a dit pour droit que toutes les mesures générales visant à faciliter la fréquentation de l'enseignement relevaient du domaine de l'éducation.

3.4.2.4. La Convention européenne et les domaines de la prévoyance sociale et de l'éducation

Bien que la CEDH ne fasse pas mention d'un droit à la sécurité sociale, il ressort clairement de la jurisprudence de la CouEDH que certains aspects de la sécurité sociale, tels que le paiement de prestations sociales et de pensions, relèvent du champ d'application de l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention ou de l'article 8 de celle-ci¹²⁵.

Quoique la Convention ne garantisse pas non plus un droit aux soins de santé, la CouEDH a établi que les questions relatives aux soins de santé, telles que l'accès aux dossiers médicaux¹²⁶, relèvent du champ d'application de l'article 8 ou de l'article 3 de la Convention lorsque le défaut d'accès aux soins de santé est à ce point grave qu'il constitue un traitement inhumain ou dégradant¹²⁷. On peut dès lors penser que des griefs se rapportant à une discrimination en matière d'accès aux soins de santé seraient considérés comme relevant du champ d'application de l'article 14.

Aucune réponse précise ne peut être apportée à la question de savoir si l'accès à des prestations sociales revêtant la forme d'avantages en nature (telles que des cartes de réduction sur les transports) relève de la Convention. Toutefois, l'interprétation généreuse que la CouEDH a donnée de l'article 8 laisse à penser que tel est le cas, notamment lorsque ces avantages sont octroyés en faveur de l'unité familiale.

L'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention consacre un droit autonome à l'instruction. Il s'ensuit que la CouEDH devrait considérer les griefs de discrimination

124 Arrêt de la CJCE du 3 juillet 1974 dans l'affaire 9/74, *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, Recueil 1974, p. 773.

125 Voir, notamment, les affaires suivantes: *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CouEDH, 18 février 2009 ; *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, CouEDH, 16 septembre 1996 ; *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CouEDH, 30 septembre 2003. Toutes ces affaires seront examinées au point 4.7.

126 *K.H. et autres c. Slovaquie*, n° 32881/04, CouEDH, 28 avril 2009.

127 *Sławomir Musiał c. Pologne*, n° 28300/06, CouEDH, 20 janvier 2009.

relatifs à l'éducation comme relevant de l'article 14 de la Convention. La question de la conformité à la Convention d'une discrimination en matière d'éducation a été examinée par la CouEDH dans le cadre de l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*¹²⁸ (mentionnée au point 2.3.1. du présent manuel), ainsi que dans le cadre de l'affaire *Oršuš et autres c. Croatie*¹²⁹ (mentionnée au point 5.3.).

3.4.3. L'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et de services (y compris le logement)

La discrimination relative à l'accès aux biens et aux services ou à la fourniture de biens et de services fait l'objet d'une protection au titre de la Directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE) lorsqu'elle est fondée sur la race, et au titre de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services (2004/113/CE) lorsqu'elle est fondée sur le sexe. L'article 3, paragraphe 1, de la Directive 2004/113/CE fournit davantage de précision sur la portée de cette protection, en disposant qu'elle s'applique à tous les biens et services « qui sont à la disposition du public indépendamment de la personne concernée, tant pour le secteur public que pour le secteur privé y compris les organismes publics, et qui sont offerts en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, ainsi qu'aux transactions qui se déroulent dans ce cadre ». L'article 3, paragraphe 3, de ladite Directive souligne clairement que la Directive ne s'applique ni « au contenu des médias ou de la publicité », ni « à l'éducation publique ou privée ». En revanche, le champ d'application de la Directive 2000/43/CE sur l'égalité raciale n'est nullement restreint par cette exclusion puisqu'il s'étend expressément à l'éducation et à l'enseignement. La Directive 2004/113/CE fait référence, en outre, à l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération [...] »

Les services comprennent notamment :

- (a) des activités de caractère industriel,*
- (b) des activités de caractère commercial,*
- (c) des activités artisanales,*
- (d) les activités des professions libérales. »*

¹²⁸ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CouEDH, 13 novembre 2007.

¹²⁹ *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03, CouEDH, 16 mars 2010.

Nous pouvons donc en déduire que ce domaine englobe tous les contextes dans lesquels un bien ou un service est normalement fourni contre rémunération, pour autant que cette fourniture ait lieu en dehors de la sphère de la vie privée et familiale, et à l'exclusion de l'éducation publique ou privée.

Il résulte de la jurisprudence des juridictions nationales que le domaine des biens et services couvre des cas de figure aussi divers que l'accès à des bars ou le niveau de service reçu dans des bars¹³⁰, des restaurants, des boîtes de nuit¹³¹ ou des magasins¹³², ou encore l'achat de couvertures d'assurance¹³³ et les agissements de vendeurs « privés », tels que les éleveurs de chiens¹³⁴. Bien que les soins de santé soient spécifiquement couverts par la Directive sur l'égalité raciale, ils pourraient aussi relever du domaine des services, notamment lorsqu'il s'agit de soins de santé dispensés par des organismes privés et pour lesquels les patients sont obligés de contracter une assurance-maladie obligatoire pour couvrir les frais inhérents à ces soins. À cet égard, la CJCE a donné, dans le cadre de la libre circulation des biens et services, une interprétation de la notion de services qui englobe les soins de santé fournis contre rémunération par un organisme à but lucratif¹³⁵.

-
- 130 Autorité de promotion de l'égalité de traitement (Hongrie), affaire n° 72, avril 2008. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 322-1. Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 57.
- 131 Arrêt de la Cour suprême suédoise du 1^{er} octobre 2008 dans l'affaire T-2224-07, *Escape Bar restaurant c. Le Médiateur chargé de la lutte contre la discrimination ethnique*. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 365-1. Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 77.
- 132 Bezirksgericht Döbling (Autriche), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 janvier 2006. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 1-1. Texte original: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.
- 133 Arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 6 novembre 2008 dans l'affaire 08/00907, *Lenormand c. Balenci*, et arrêt n° M 08-88.017 et n° 2074 de la Cour de cassation (chambre criminelle) du 7 avril 2009. Un résumé en français est disponible dans le numéro 9 (décembre 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 65.
- 134 Arrêt de la Cour d'appel de Svea du 11 février 2008 dans l'affaire T-3562-06, *Médiateur chargé de la lutte contre la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle c. A.S.* Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 78.
- 135 Arrêt de la CJCE du 28 avril 1998 dans l'affaire C-158/96, *Kohll c. Union des Caisses de Maladie*, Recueil 1998, p. I-1931 ; arrêt de la CJCE du 12 juillet 2001 dans l'affaire C-157/99, *Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, Recueil 2001, p. I-5473 ; arrêt de la CJCE du 13 mai 2003 dans l'affaire C-385/99, *Müller Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij*, Recueil 2003, p. I-4509.

La Directive sur l'égalité raciale ne définit pas ce que le terme « logement » recouvre. Il semble cependant que ce terme doive être interprété à la lumière du droit international relatif aux droits de l'homme et, plus précisément, du droit de chacun au respect de son domicile, consacré par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 8 de la CEDH (étant donné que tous les États membres ont ratifié lesdites Charte et Convention, et que l'Union adhérera à la Convention dans un futur proche), ainsi que du droit à un « logement suffisant » visé à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (auquel tous les États membres sont parties). L'interprétation de la CouEDH concernant le droit à un logement est à ce point vaste qu'elle inclut également les habitations mobiles, telles que les caravanes ou *mobile homes*, même lorsque celles-ci sont installées de manière illégale¹³⁶. Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) des Nations unies, pour être réputé « suffisant » un « logement » doit satisfaire, notamment, aux exigences suivantes : être d'une qualité propre à garantir une protection contre les éléments climatiques, refléter les exigences culturelles de ses occupants (ce qui inclut, dès lors, les véhicules, les caravanes, les campements et autres structures provisoires), être relié aux services collectifs de distribution d'eau et d'électricité ainsi qu'aux réseaux d'assainissement, et disposer d'une infrastructure adéquate lui permettant de profiter des services publics et des opportunités d'emploi. Le logement doit, en outre, être de prix abordable, et ses occupants doivent pouvoir jouir d'une protection adéquate contre toute éviction forcée ou expéditive¹³⁷. Cette approche du logement corrobore celle suivie par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) dans son rapport de synthèse intitulé *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* [Les conditions de logement des Roms et des Travellers dans l'Union européenne : des progrès sur la voie de l'égalité]¹³⁸.

Conformément à cette approche, l'accès au logement devrait être entendu comme couvrant une obligation et un droit : d'une part, les agents immobiliers et les propriétaires publics et privés devraient avoir l'obligation de respecter le principe de l'égalité de traitement lorsqu'ils décident de louer ou de vendre des biens à des particuliers ; d'autre part, ces derniers devraient avoir droit à l'égalité de traitement

136 *Buckley c. Royaume-Uni*, n° 20348/92, CouEDH, 25 septembre 1996.

137 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *General Comment No. 4: The right to adequate housing (Art. 11(1))* [Le droit à un logement suffisant (article 11, paragraphe 1)], doc. NU E/1992/23, 13 décembre 1991.

138 FRA, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* [Les conditions de logement des Roms et des Travellers dans l'Union européenne: des progrès sur la voie de l'égalité], rapport de synthèse, FRA, Vienne, mars 2010.

dans la manière dont le logement est attribué (ex. : logements de piètre qualité ou éloignés attribués à certains groupes ethniques particuliers), entretenu (ex. : défaut d'entretien des biens occupés par certains groupes de personnes) et loué (ex. : bail ne présentant pas de garantie de sécurité ou montant de la location ou de la caution trop élevé pour les personnes appartenant à certains groupes particuliers).

Exemple : en Belgique, un propriétaire a été reconnu coupable, aux termes du droit pénal, et condamné à une amende, aux termes du droit civil, pour avoir refusé un logement à des personnes d'origine congolaise. Bien que ces dernières eussent présenté des références satisfaisantes de leurs précédents propriétaires et des documents attestant qu'elles disposaient de revenus adéquats, le propriétaire avait refusé de conclure le contrat de location au motif qu'il avait eu, dans le passé, des problèmes de paiement des loyers avec des non-ressortissants¹³⁹.

3.4.3.1. La Convention européenne et le domaine des biens et services (y compris le logement)

La CouEDH a interprété l'article 8 de la Convention comme couvrant les cas où des activités sont susceptibles d'avoir des incidences sur la vie privée, y compris les relations de nature économique et sociale. La CouEDH a aussi adopté une approche extensive en ce qui concerne l'interprétation du droit au respect du domicile garanti par l'article 8. Comme indiqué *supra*, elle a considéré, en effet, que la notion de « domicile » englobe non seulement les habitations fixes, mais aussi des logements moins conventionnels, tels que des caravanes et des *mobile homes*. Dans le cadre des affaires portant sur des logements sociaux dont l'état particulièrement lamentable crée des conditions de vie très pénibles pour les occupants en cas de séjour prolongé, la CouEDH a également dit pour droit que pareille situation pouvait constituer un traitement inhumain.

Exemple : dans l'affaire *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, les requérants avaient été chassés de leurs habitations, qui avaient été par la suite démolies dans des circonstances extrêmement traumatisantes¹⁴⁰. Le processus de

139 Décision du 6 décembre 2004 du Tribunal correctionnel d'Anvers (Belgique). Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 15-1. Le texte original peut être consulté à l'adresse suivante : <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

140 *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, nos 41138/98 et 64320/01, CouEDH, 12 juillet 2005.

reconstruction des habitations se révéla particulièrement lent alors que les logements mis entre-temps à la disposition des résidents concernés étaient de très mauvaise qualité. Dans son arrêt, la CouEDH a déclaré :

« les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement. »

Se fondant sur cette constatation ainsi que sur d'autres facteurs, la CouEDH a conclu que les requérants avaient subi un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention, quoique les termes utilisés dans l'extrait précité laissent à penser que les conditions de vie des requérants dans ces logements auraient à elles seules suffi à fonder un constat de violation¹⁴¹.

Exemple : dans l'affaire *Dokić c. Bosnie-Herzégovine*, le requérant se plaignait d'une ingérence dans l'exercice de son droit de propriété¹⁴². Avant la dissolution de l'ex-Yougoslavie, il avait été chargé de cours dans une école militaire et membre des forces armées de cet État. Il avait acheté un appartement à Sarajevo, mais lors du déclenchement de la guerre de Bosnie-Herzégovine l'école militaire où il enseignait fut transférée sur le territoire de l'actuelle Serbie. Il suivit ce transfert, s'engageant dans les forces armées serbes. À l'issue du conflit, les pouvoirs publics refusèrent de lui restituer son appartement au motif qu'il avait servi dans des forces armées étrangères. Ce refus fut jugé justifié par la juridiction nationale car il se fondait sur la considération selon laquelle, en servant dans des forces armées étrangères qui avaient participé aux opérations militaires en Bosnie-Herzégovine, le requérant avait agi en tant que citoyen « déloyal ». Sans pour autant apprécier l'affaire au regard de l'article 14 de la Convention, la CouEDH a considéré que cette décision avait été prise uniquement sur la base de l'origine ethnique du requérant (dans la mesure où le fait d'avoir servi dans telles ou telles forces armées révélait l'origine ethnique de la personne concernée), d'autant qu'il

141 Il ressort de la jurisprudence de la CouEDH que, dans certaines circonstances, un traitement discriminatoire peut équivaloir à un traitement dégradant. Voir, par exemple, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, CouEDH, 27 septembre 1999.

142 *Dokić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 6518/04, CouEDH, 27 mai 2010.

n'avait pas pu être démontré que le requérant eût commis un quelconque acte de « déloyauté » autre que l'enrôlement formel dans les forces armées en question. En l'absence de restitution, le défaut des pouvoirs publics de proposer une compensation ou un autre logement s'analysait en une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit de propriété de l'intéressé.

3.4.4. L'accès à la justice

Quoique l'accès à la justice ne soit pas expressément mentionné dans les Directives relatives à la non-discrimination parmi les exemples de biens et services, il est raisonnable de penser qu'il s'inscrit dans ce cadre, dans la mesure où le système judiciaire représente un service fourni au public par l'État contre rémunération. À tout le moins, les Directives relatives à la non-discrimination imposent aux États membres de veiller à ce que des procédures judiciaires et/ou administratives permettent aux personnes qui s'estiment lésées de faire respecter leurs droits découlant de ces Directives¹⁴³. De plus, selon un principe bien établi du droit de l'UE, toute personne a « droit à une protection juridictionnelle effective » des droits dérivés du droit de l'UE¹⁴⁴. Il s'ensuit que, même s'il ne peut être affirmé que la catégorie des « biens et services » inclut l'« accès à la justice », il peut certainement être avancé que l'accès à la justice constitue un droit autonome (n'exigeant pas de prouver l'existence d'un cas de discrimination) relativement à l'application des Directives elles-mêmes.

3.4.4.1. La Convention européenne et l'accès à la justice

La CEDH garantit un droit autonome d'accès à la justice, dans le cadre du droit à un procès équitable consacré par son article 6. La CouEDH a eu à connaître de diverses affaires concernant des cas de discrimination dans l'accès à la justice.

Exemple : dans l'affaire *Paraskeva Todorova c. Bulgarie*, la CouEDH a estimé que le refus de la juridiction nationale de surseoir à l'exécution de la peine de la requérante, accompagné de remarques selon lesquelles il convenait

143 Article 9, paragraphe 1, de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 17, paragraphe 1, de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) ; article 8, paragraphe 1, de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services ; article 7, paragraphe 1, de la Directive sur l'égalité raciale.

144 Voir par exemple: ordonnance de la CJCE du 12 juin 2008 dans l'affaire C-364/07, *Vassilakis e.a. c. Dimos Kerkyras*, Recueil 2008, p. I-90 ; arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 dans l'affaire C-362/06, *Sahlstedt e.a. c. Commission*, Recueil 2009, p. I-2903 ; arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 dans l'affaire C-378/07, *Angelidaki e.a. c. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, Recueil 2009, p. I-3071.

d'empêcher qu'un sentiment d'impunité ne se développe parmi les membres des groupes minoritaires, était constitutif d'une violation de l'article 6 combiné avec l'article 14¹⁴⁵.

Exemple : dans l'affaire *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, précitée, la CouEDH a estimé que la durée excessive de procédures tant pénales que civiles en instance s'analysait en une violation de l'article 6 (la première décision n'avait été prononcée qu'au bout de sept ans)¹⁴⁶. Elle a établi, en outre, que ces durées excessives étaient dues à un nombre élevé d'erreurs de procédure et que, associées au comportement discriminatoire dont les pouvoirs publics avaient fait preuve envers les requérants d'origine rom, elles constituaient aussi une violation de l'article 6 combiné avec l'article 14.

Exemple : dans l'affaire *Anakomba Yula c. Belgique*, la CouEDH a considéré que le droit belge enfreignait l'article 6 de la Convention combiné avec l'article 14, car il empêchait la requérante de bénéficier d'une assistance judiciaire pour engager une action en contestation de paternité au motif qu'elle n'était pas une ressortissante belge¹⁴⁷. Par cette décision, la CouEDH n'a pas entendu consacrer, au profit des étrangers, un droit absolu aux aides financières publiques. Elle a tenu compte de plusieurs circonstances propres à l'espèce, notamment le fait que la requérante s'était vu opposer ce refus parce qu'elle ne disposait pas, lors du dépôt de sa demande d'assistance, d'un permis de séjour en cours de validité, même si la procédure de renouvellement de son permis était en bonne voie. Elle a également considéré que le délai d'un an imparti pour l'exercice d'une action en contestation de paternité constituait un obstacle, raison pour laquelle il n'était pas raisonnable d'imposer à la requérante d'attendre le renouvellement de son permis avant de pouvoir déposer une demande d'assistance.

145 *Paraskeva Todorova c. Bulgarie*, n° 37193/07, CouEDH, 25 mars 2010.

146 *Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)*, n°s 41138/98 et 64320/01, CouEDH, 12 juillet 2005.

147 *Anakomba Yula c. Belgique*, n° 45413/07, CouEDH, 10 mars 2009. Cette affaire sera également examinée au point 4.7.

3.5. Application de la Convention par-delà le droit de l'UE

Outre les domaines évoqués ci-dessus, pour lesquels la protection garantie par la CEDH coïncide avec celle prévue par les Directives relatives à la non-discrimination, il en existe d'autres, d'importance significative, pour lesquels la Convention offre une protection supplémentaire.

3.5.1. La sphère « personnelle » : vie privée et familiale, adoption, domicile et mariage¹⁴⁸

Parmi les domaines relativement auxquels les États membres n'ont pas conféré à l'Union des pouvoirs de légiférer étendus, il en est un qui revêt une importance particulière, à savoir celui de la vie privée et familiale. Les affaires portées devant la CouEDH dans ce domaine ont amené celle-ci à examiner des différences de traitement en matière d'héritage, de droit de visite des enfants de couples divorcés et de paternité.

Comme indiqué au point suivant et au chapitre 4, les affaires *Mazurek c. France*¹⁴⁹, *Sommerfeld c. Allemagne*¹⁵⁰ et *Rasmussen c. Danemark*¹⁵¹ portaient sur des différences de traitement en matière d'héritage, de droit de visite des enfants de couples divorcés et de paternité. La portée de l'article 8 s'étend aussi aux questions d'adoption. L'affaire *E.B. c. France*, susmentionnée, montre en effet que l'adoption peut relever du champ d'application de la CEDH, bien que cette dernière ne consacre pas véritablement un droit à adopter. Il y a lieu de noter par ailleurs que, dans cette affaire, la CouEDH, reprenant une jurisprudence déjà ancienne, a défini comme suit la portée générale de l'article 8 :

« [L]a notion de "vie privée", au sens de l'article 8 de la Convention, est quant à elle un concept large qui comprend, entre autres, le droit de

148 Une étude expliquant la portée de l'article 8 de la Convention peut être consultée sur la page « Formation aux droits de l'homme pour des professionnels du droit » du site internet du Conseil de l'Europe: Kilkelly, U., *Le droit au respect de la vie privée et familiale*, Précis sur les droits de l'homme, n° 1, 2001. Cette étude est accessible à l'adresse suivante: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636.

149 *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CouEDH, 1^{er} février 2000.

150 *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, CouEDH, 8 juillet 2003.

151 *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, CouEDH, 28 novembre 1984.

nouer et de développer des relations avec ses semblables [...] le droit au "développement personnel" [...] ou le droit à l'autodétermination en tant que tel. Elle englobe des éléments comme le nom [...], l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, qui relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...] ainsi que le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir. »¹⁵²

Le champ d'application de l'article 8 se révèle donc extrêmement vaste. Par ailleurs, la Convention a des implications dans d'autres domaines, tels que le mariage, qui fait l'objet d'une protection spécifique aux termes de l'article 12.

Exemple : dans l'affaire *Muñoz Díaz c. Espagne*, la requérante avait contracté mariage avec son époux selon les coutumes roms mais, ces dernières ne répondant pas aux exigences du droit espagnol, le mariage n'était pas considéré comme officiellement établi par les administrations nationales¹⁵³. Cependant, la requérante était traitée par les administrations espagnoles comme si elle était officiellement mariée en ce qui concerne les documents d'identité qui lui étaient délivrés, les prestations qui lui étaient versées et les mentions qui étaient portées dans son « livret de famille ». À la suite du décès de son époux, la requérante introduisit auprès de l'État une demande de pension de réversion, dont elle fut déboutée au motif qu'elle s'était mariée selon les coutumes roms, lesquelles ne répondaient pas aux exigences du droit national, raison pour laquelle cette union n'avait pas été officiellement reconnue par le droit en question. La CouEDH a estimé que, dans la mesure où l'État espagnol avait jusqu'alors traité la requérante comme si elle avait célébré un mariage valable, celle-ci se trouvait dans une situation comparable à celle d'autres épouses de « bonne foi » (c'est-à-dire celles qui, pour des raisons techniques, ne sont pas légalement mariées mais croient l'être de bonne foi) qui, en pareilles circonstances, auraient eu droit à une pension de réversion. La CouEDH a conclu que, bien que le refus de reconnaître le mariage comme valable ne constituât pas une discrimination (aux fins de l'article 14 combiné avec l'article 12 de la Convention), le refus d'accorder à la requérante le même traitement que celui réservé à d'autres épouses de bonne foi et de lui verser une pension de réversion était, quant à lui, constitutif d'une discrimination au regard de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention.

¹⁵² *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, §43, CouEDH, 22 janvier 2008.

¹⁵³ *Muñoz Díaz c. Espagne*, n° 49151/07, CouEDH, 8 décembre 2009.

Ainsi, si en matière de protection des éléments fondamentaux de la dignité humaine il est justifié en principe que la CouEDH ne reconnaisse qu'une marge d'appréciation étroite aux États, un équilibre doit néanmoins être trouvé, dans certains cas, avec la nécessité de protéger aussi les personnes se trouvant en position de vulnérabilité, dont les droits pourraient être bafoués.

Exemple : dans l'affaire *Sommerfeld c. Allemagne*, le litige portait sur les dispositions de la législation allemande qui régissaient le droit de visite d'un père à l'égard de son enfant¹⁵⁴. Ces dispositions permettaient à la mère d'un enfant né hors mariage de refuser au père tout droit de visite à l'égard de son enfant. En pareil cas, le père devait saisir une juridiction nationale pour tenter de passer outre ce refus. Le gouvernement allemand soutenait que la législation n'était pas discriminatoire, faisant valoir que les pères d'enfants nés hors mariage ne manifestaient en général guère d'intérêt pour eux. La CouEDH a jugé que la marge d'appréciation de l'État était particulièrement limitée en matière de droit de visite des parents à l'égard de leurs enfants. Elle a affirmé, en outre, que « seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage [...]. Cela vaut également pour une différence de traitement entre le père d'un enfant né d'une relation où les parents vivaient ensemble sans être mariés et le père d'un enfant né de parents mariés ». En l'espèce, la CouEDH a estimé que rien ne lui permettait de conclure que les arguments avancés par le gouvernement allemand justifiaient la différence de traitement appliquée au requérant.

Dans l'affaire susmentionnée, la CouEDH a considéré que les intérêts du père allaient de pair avec ceux de son enfant, autrement dit qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des contacts avec son père. Néanmoins, elle a aussi souligné que, lorsque les intérêts de l'enfant sont potentiellement incompatibles avec ceux du père, l'État peut disposer d'une marge d'appréciation plus large pour déterminer les mesures à prendre pour protéger au mieux l'enfant.

¹⁵⁴ *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, §93, CouEDH, 8 juillet 2003. À propos de faits très similaires, voir aussi *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CouEDH, 8 juillet 2003. Concernant les différences de traitement à l'égard d'enfants nés hors des liens du mariage, qui seront évoquées au chapitre 4 (motifs prohibés), voir également *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CouEDH, 1^{er} février 2000.

Exemple : dans l'affaire *Rasmussen c. Danemark*, un père se plaignait de ce que les dispositions en matière de prescription lui interdisaient d'introduire une action en désaveu de paternité¹⁵⁵. Tout en reconnaissant que cette situation équivalait à une différence de traitement fondée sur le sexe, la CouEDH a considéré que l'institution de délais pour l'engagement d'une telle action était justifiée car elle empêchait les pères d'abuser du droit de contester leur paternité en exerçant tardivement l'action en question et poursuivait ainsi l'objectif légitime de garantir aux enfants la sécurité juridique quant à leur statut. Estimant que l'approche adoptée à cet égard par les États parties à la Convention n'était guère uniforme, la CouEDH a accordé à l'État une ample marge d'appréciation et a conclu que la différence de traitement était justifiée¹⁵⁶.

3.5.2. La participation à la vie politique : liberté d'expression, de réunion et d'association, et élections libres

Un des principaux objectifs du Conseil de l'Europe est la promotion de la démocratie. Cet objectif se reflète dans de nombreux droits consacrés par la CEDH qui visent à faciliter la participation à la vie politique. Tandis que le droit de l'Union européenne ne consacre, à cet égard, qu'une palette limitée de droits (dont celui, pour ses ressortissants, de voter aux élections municipales et aux élections du Parlement européen), la Convention offre des garanties plus étendues, non seulement en établissant un droit de voter et de se porter candidat aux élections, mais aussi en y adjoignant le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association.

Exemple : dans l'affaire *Bączkowski et autres c. Pologne* précitée, le refus d'autoriser l'organisation d'une marche destinée à sensibiliser l'opinion publique à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, combiné avec les déclarations homophobes formulées en public par le maire de Varsovie, a été jugé attentatoire à la liberté de réunion (article 11) ainsi qu'aux dispositions de l'article 14¹⁵⁷.

¹⁵⁵ *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, CouEDH, 28 novembre 1984.

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 40 à 42.

¹⁵⁷ *Bączkowski et autres c. Pologne*, n° 1543/06, CouEDH, 3 mai 2007.

Par ailleurs, la CouEDH a aussi interprété le droit à la liberté d'association comme incluant le droit de fonder des partis politiques, reconnaissant à ceux-ci un haut niveau de protection contre les ingérences¹⁵⁸. De même, toute atteinte au droit à la liberté d'expression dans le cadre d'un débat politique fait l'objet d'un examen minutieux de la part de la CouEDH¹⁵⁹ (voir, à cet égard, le point 4.11. ci-dessous).

3.5.3. Les obligations procédurales pesant sur les autorités

Les articles 2 et 3 de la CEDH ne se limitent pas à consacrer le droit matériel à la vie (article 2) ainsi que le droit à ne pas être torturé et à ne pas se voir infliger des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3). Ils imposent aussi aux États parties à la Convention l'obligation d'enquêter, en cas de décès ou d'allégations de traitement inhumain ou dégradant, sur les circonstances dans lesquelles les événements visés se sont produits. Dans les affaires *Natchova et autres* et *Turan Cakir*, la CouEDH a déclaré que cette obligation comporte le devoir spécifique de mener une enquête afin d'établir si des faits constitutifs de violations des articles 2 et 3 de la Convention ne reposent pas sur des mobiles racistes, et que le défaut d'ouvrir pareille enquête emporte violation desdits articles combinés avec l'article 14¹⁶⁰.

Exemple : dans l'affaire *Turan Cakir c. Belgique*, le requérant se plaignait que les policiers l'eussent brutalisé lors de son arrestation, lui occasionnant des blessures graves et durables, et qu'ils eussent proféré à son encontre des menaces et des insultes racistes¹⁶¹. La CouEDH a considéré que les violences infligées au requérant avaient porté atteinte à son droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants (droit consacré par l'article 3 de la Convention). En outre, elle a jugé que, faute d'avoir mené une enquête effective sur les allégations de mauvais traitements formulées par le requérant, l'État avait manqué à ses obligations procédurales au titre de l'article 3. Elle a par ailleurs estimé que la non-réalisation d'une enquête avait aussi enfreint l'article 3 combiné avec le droit à la non-discrimination, après avoir relevé que l'État avait le devoir d'enquêter non seulement sur les

158 Par exemple, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, n° 21237/93, CouEDH, 25 mai 1998.

159 *Castells c. Espagne*, n° 11798/85, CouEDH, 23 avril 1992.

160 *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, CouEDH, 6 juillet 2005 ; *Turan Cakir c. Belgique*, n° 44256/06, CouEDH, 10 mars 2009. Voir aussi l'arrêt similaire *Šečić c. Croatie*, n° 40116/02, CouEDH, 31 mai 2007.

161 *Turan Cakir c. Belgique*, n° 44256/06, CouEDH, 10 mars 2009.

allégations de sévices, mais aussi sur celles selon lesquelles les traitements dénoncés reposaient sur des mobiles racistes et étaient donc discriminatoires.

Exemple : l'affaire *Natchova et autres c. Bulgarie* concernait des tirs mortels ayant atteint deux hommes d'origine rom alors que ceux-ci tentaient d'échapper à la police militaire qui les recherchait parce qu'ils s'étaient absentés sans autorisation du lieu où ils effectuaient leur service militaire¹⁶². Au moment de l'incident, l'officier auteur des tirs s'était écrié « maudits Tsiganes ! » en s'adressant à un voisin. La CouEDH a considéré que l'État avait porté atteinte au droit à la vie des victimes (consacré par l'article 2 de la Convention), non seulement du point de vue matériel mais aussi du point de vue procédural, car il avait failli à son obligation de mener une enquête effective sur ces décès. La CouEDH a jugé que le défaut d'enquêter était constitutif d'une violation de l'article 2 combiné avec le droit à ne pas subir de discrimination, car l'État avait le devoir spécifique d'enquêter pour déterminer si un comportement discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements.

Si les deux affaires précitées concernaient des actes commis par des agents publics, l'obligation de l'État d'intervenir pour protéger les victimes de délits et, ultérieurement, d'enquêter sur les délits commis s'appliquent aussi aux actes accomplis par des particuliers.

Exemple : dans l'affaire *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*¹⁶³, un groupe de témoins de Jéhovah avait été attaqué par un groupe de religieux orthodoxes extrémistes. Bien que la police eût été prévenue, elle n'était pas intervenue pour empêcher ces actes violents. L'enquête ouverte par la suite fut abandonnée aussitôt après que la police eut déclaré qu'il n'était pas possible de déterminer l'identité des auteurs de l'attaque. La CouEDH a considéré que le fait que la police ne fût pas intervenue pour protéger les victimes contre des violences à motivation raciale et que, par la suite, elle n'eût pas mené d'enquête effective sur les actes commis emportait violation de l'article 3 de la Convention (droit à ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants) et de

162 *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, CouEDH, 6 juillet 2005.

163 *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, CouEDH, 3 mai 2007.

l'article 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) combinés avec l'article 14 en ce que les actes litigieux étaient fondés sur des motifs religieux.

Il semblerait (voir à cet égard le point 4.6. ci-dessous) que le droit de l'UE puisse imposer des obligations similaires en vertu de la Décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal¹⁶⁴. Il est à noter cependant que cette décision-cadre ne prévoit aucune obligation spécifique de mener une enquête afin de déterminer si les délits commis contre une personne sont en relation avec des motifs racistes.

3.5.4. Les matières relevant du droit pénal

Outre les questions évoquées au point 3.5.3. concernant l'application de la législation, la CEDH fait référence au droit pénal dans plusieurs de ses dispositions, notamment celles qui consacrent le droit à un procès équitable, le droit de ne pas être soumis à une détention arbitraire, la non-rétroactivité des peines et le principe *ne bis in idem* (droit à ne pas être poursuivi ou condamné deux fois pour les mêmes faits), le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Exemple : dans l'affaire *Opuz c. Turquie*, la CouEDH a jugé que le manquement des autorités policières et judiciaires à leur obligation de prendre des mesures propres à assurer le respect des dispositions légales en matière de violence domestique s'analysait en une discrimination indirecte fondée sur le sexe. Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec les articles 2 (droit à la vie) et 3 (droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention¹⁶⁵.

164 Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (JO L 328 du 6.12.2008, p. 55). Il convient d'observer que la CouEDH a reconnu que l'incitation à la discrimination, à la haine et à la violence envers un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à un groupe ethnique, à une nation ou à une race spécifique constitue une limitation particulière à la liberté d'expression consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme. Voir, par exemple: *Le Pen c. France*, n° 18788/09, CouEDH, 20 avril 2010 ; *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, CouEDH, 16 juillet 2009 ; *Willem c. France*, n° 10883/05, CouEDH, 16 juillet 2009 ; *Balsytė-Lideikienė c. Lituanie*, n° 72596/01, CouEDH, 4 novembre 2008.

165 *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, CouEDH, 9 juin 2009.

Exemple : dans les affaires *D.G. c. Irlande* et *Bouamar c. Belgique* (sur lesquelles nous reviendrons au point 4.5.), les requérants avaient été placés en détention par les autorités nationales¹⁶⁶. Tout en reconnaissant qu'il y avait eu violation du droit à la liberté, la CouEDH a considéré qu'aucune discrimination ne pouvait être établie, étant donné que la différence de traitement était justifiée par la nécessité de protéger les mineurs.

Points clés

- Toutefois, en vertu de la Directive sur les ressortissants de pays tiers, ces derniers peuvent aussi jouir du droit à l'égalité de traitement dans des domaines globalement similaires à ceux couverts par les Directives relatives à la non-discrimination dès lors qu'ils acquièrent le statut de « résidents de longue durée ».
- Lorsque les ressortissants de pays tiers n'ont pas le statut de « résidents de longue durée », ils bénéficient d'une protection limitée au titre des Directives relatives à la non-discrimination :
 - cette protection couvre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions, dans le cadre de leur droit d'accès à la formation professionnelle et de leurs conditions de travail. Cependant, ils ne jouissent pas d'un droit d'accès à l'emploi équivalent à celui garanti aux ressortissants ;
 - aux termes de la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services, et de la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue), les ressortissants de pays tiers bénéficient d'une protection contre la discrimination sexuelle dans l'accès à l'emploi et aux biens et services.
- La portée de la protection contre la discrimination prévue par les Directives de l'UE relatives à la non-discrimination n'est pas uniforme :
 - la race et l'origine ethnique font l'objet de la protection la plus vaste, puisque celle-ci s'étend à l'accès à l'emploi, au système de prévoyance sociale et à l'accès aux biens et aux services ;
 - la discrimination fondée sur le sexe est prohibée en matière d'accès à l'emploi, à la sécurité sociale (domaine plus limité que celui de la prévoyance sociale), et aux biens et services ;
 - la protection offerte relativement à l'orientation sexuelle, au handicap, à l'âge et à la religion ou aux convictions se limite, à l'heure actuelle, au domaine de l'accès à l'emploi.

¹⁶⁶ *D.G. c. Irlande*, n° 39474/98, CouEDH, 16 mai 2002 ; *Bouamar c. Belgique*, n° 9106/80, CouEDH, 29 février 1988.

- La CEDH énumère une liste non exhaustive de motifs de discrimination prohibés. Toute personne peut invoquer la Convention devant les autorités et juridictions nationales, et, en dernier ressort, devant la Cour européenne des droits de l'homme.
- Lorsqu'elle est saisie d'une requête comportant des allégations de discrimination, la Cour EDH peut examiner les griefs sous l'angle du droit matériel invoqué pris isolément ou combiné avec l'article 14.
- Nul ne peut engager une procédure au titre du seul article 14 ; toute allégation de violation de cet article doit être combinée avec une allégation de violation de l'un des droits matériels consacrés par la CEDH. À cet égard, il suffit que le grief de discrimination vise de manière générale le domaine couvert par le droit en question.
- Le Protocole n° 12 à la CEDH consacre un droit autonome à la non-discrimination, qui couvre la jouissance de tous droits prévus par le droit national ou pouvant être déduits de ce droit ou de la pratique nationale. Le sens attribué au terme « discrimination » dans ce cadre est identique à celui qui lui est donné dans le contexte de l'article 14.
- L'approche adoptée par la CJCE consiste à donner une interprétation extrêmement vaste des domaines d'application des droits des personnes institués par le droit de l'UE, afin de donner plein effet à ces droits.
- La portée de la CEDH se révèle particulièrement étendue par rapport à celle des Directives de l'UE relatives à la non-discrimination, tant en ce qui concerne les droits matériels qu'elle consacre qu'en ce qui concerne la manière dont ceux-ci sont interprétés aux fins de l'application de l'article 14.
- Parmi les domaines d'importance capitale qui ne sont pas couverts par les Directives relatives à la non-discrimination et qui échappent largement à la compétence de l'UE (et ne relèvent donc pas de la Charte des droits fondamentaux) figurent les aspects relatifs à la vie privée et familiale, les droits inhérents à la participation à la vie politique et les questions de droit pénal.
- Il est dès lors essentiel que les victimes examinent soigneusement si leurs griefs relèvent du champ d'application des Directives de l'Union relatives à la non-discrimination ou de celui de la CEDH avant de déterminer la procédure à engager et de formuler leur requête.

Lectures complémentaires

Bell, M.S., « Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive » [Au-delà du droit européen du travail ? Réflexions sur la Directive de l'Union européenne relative à l'égalité raciale], *European Law Journal*, Vol. 8, 2002, p. 384.

Boccardo, N., « Le droit au logement et la discrimination raciale », Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, n° 8, juillet 2009, p. 21.

Brosius-Gersdorf, « Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht : der Fall Şerife Yiğit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2009.

Cousins, M., « The European Convention on Human Rights and Social Security Law » [La Convention européenne des droits de l'homme et la législation relative à la sécurité sociale], *Human Rights Law Review*, Vol. 10, n° 1, 2010, p. 191.

Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, No. 22, 2010.

Equinet, *La lutte contre la discrimination dans les biens et les services*, Equinet, 2004.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* [La stratégie du contentieux en matière de discrimination raciale en Europe : des principes à la pratique], Russell Press, Nottingham, 2004, annexe 5, point c).

Kapuy, K., « Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable » [La sécurité sociale et la Convention européenne des droits de l'homme : comment un couple singulier est devenu présentable], *European Journal of Social Security*, Vol. 9, n° 3, 2007, p. 221.

Sánchez-Rodas Navarro, « El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano », *Aranzadi Social*, n° 18, 2010.

Sudre (éd.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007* Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2008.

4

Les caractéristiques protégées

4.1. Introduction

Les Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination prohibent les différences de traitement fondées sur certaines « caractéristiques protégées », limitativement énumérées : le sexe (Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services, Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue), l'orientation sexuelle, le handicap, l'âge, la religion ou les convictions (Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail) et la race ou l'origine ethnique (Directive sur l'égalité raciale). La Convention européenne des droits de l'homme contient, quant à elle, une liste non exhaustive, qui coïncide avec celle établie par les Directives susmentionnées mais va au-delà. L'article 14 de la Convention interdit toute discrimination 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 ». La Cour européenne des droits de l'homme a, notamment, fait rentrer dans la catégorie désignée par l'expression « toute autre situation » des caractéristiques expressément protégées par les Directives relatives à la non-discrimination, à savoir le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle.

Il a été relevé au chapitre 1 que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient, elle aussi, une interdiction de la discrimination. La Charte lie les institutions de l'Union européenne, mais elle revêt également force

Par « caractéristique protégée » on entend une caractéristique qui ne peut être jugée pertinente pour justifier une différence de traitement ou l'octroi d'un avantage particulier.

contraignante pour les États membres lorsque ceux-ci interprètent et appliquent le droit de l'UE. Cette disposition de la Charte combine à la fois les caractéristiques énumérées par la Convention et celles visées par les Directives relatives à la non-discrimination, mais elle n'envisage pas la catégorie non limitative que recouvre l'expression « toute autre situation ».

4.2. Le sexe

Ce qu'on entend par discrimination fondée sur le sexe est assez évident : il s'agit d'une discrimination fondée sur le fait qu'une personne est une femme ou un homme. Le droit à la non-discrimination pour ce motif est depuis longtemps considéré comme un droit fondamental. Il est au demeurant celui qui a été le plus abondamment développé dans la politique sociale de l'Union européenne. L'aménagement d'une protection en la matière poursuivait un double objectif. Il avait d'abord une finalité économique, la protection offerte étant censée contribuer à éliminer les distorsions de concurrence dans un marché qui devenait toujours plus intégré. Il présentait ensuite un intérêt politique, en dotant la Communauté d'une nouvelle facette tournée vers le progrès social et l'amélioration des conditions de vie et de travail. C'est la raison pour laquelle la protection contre la discrimination fondée sur le sexe a été et demeure une des fonctions fondamentales de l'Union européenne. Par la suite, la position centrale qui lui a été accordée dans la Charte des droits fondamentaux a permis de souligner davantage encore combien il est important, sur les plans social et économique, de garantir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. La CEDH offre, elle aussi, une protection étendue contre la discrimination fondée sur le sexe.

Si les affaires de discrimination fondées sur le sexe concernent généralement des femmes qui se plaignent de bénéficier d'un traitement moins favorable que celui réservé aux hommes, elles ne se limitent pas à ce type de cas.

Exemple : dans l'affaire *Defrenne c. Sabena*, la requérante se plaignait d'être moins bien payée que ses collègues masculins, bien que ses fonctions fussent identiques¹⁶⁷. La CJCE a dit pour droit que cette situation constituait clairement un cas de discrimination fondée sur le sexe. Pour étayer sa décision, elle a mis en avant la dimension économique et sociale de l'Union, ainsi que le fait que

167 Arrêt de la CJCE du 8 avril 1976 dans l'affaire 43/75, *Defrenne c. Sabena*, Recueil 1976, p. 455.

les mesures de lutte contre la discrimination favorisent les progrès de l'Union vers la réalisation de ces objectifs.

Dans l'affaire *Bilka* précitée, le litige soumis à l'appréciation de la CJCE concernait une différence de traitement fondée sur des considérations de gestion de la part d'un employeur. Ce dernier justifiait l'exclusion des employés à temps partiel du régime de pension de l'entreprise par la nécessité d'encourager le travail à temps plein et de garantir ainsi à l'entreprise de pouvoir disposer à tout moment d'effectifs suffisants. Dans cette affaire, la CJCE n'a pas indiqué en termes exprès si elle considérait cette mesure comme proportionnée. Elle s'est montrée plus explicite dans l'affaire décrite ci-dessous.

Exemple : l'affaire *Hill* avait pour objet un litige relatif au système de travail partagé introduit par le gouvernement britannique dans la fonction publique, en vertu duquel deux fonctionnaires pouvaient se partager un même poste sur la base d'un contrat temporaire, en travaillant pendant 50 % du temps plein et en recevant 50 % du salaire¹⁶⁸. Les fonctionnaires étaient autorisés, par la suite, à réintégrer un emploi à temps plein, sous réserve des vacances de postes. Les règles en vigueur permettaient aux fonctionnaires employés à temps plein de progresser chaque année d'un échelon sur l'échelle des rémunérations. Toutefois, la progression était diminuée de moitié pour les fonctionnaires travaillant à temps partagé, deux années de temps partagé équivalant à une année de temps plein. Les deux requérantes en l'espèce avaient réintégré un emploi à temps plein, mais contestaient la règle de progression d'ancienneté qui leur avait été appliquée. La CJCE a constaté que cette situation constituait un cas de discrimination indirecte fondée sur le sexe car le travail à temps partagé concernait majoritairement les femmes. Le gouvernement soutenait que la différence de traitement était justifiée dès lors qu'elle se fondait sur le principe selon lequel la progression était appliquée en fonction de la durée de service effective. Cependant, la CJCE a qualifié cet argument de simple généralité et considéré qu'il n'était pas étayé par des critères objectifs (dans la mesure où le gouvernement n'avait produit aucun élément de nature à démontrer que la durée de service des autres fonctionnaires était calculée sur la base du nombre d'heures réellement effectuées au cours de la période d'emploi). Elle a souligné, de surcroît, qu'« un employeur ne saurait justifier une discrimination qui ressort

168 Arrêt de la CJCE du 17 juin 1998 dans l'affaire C-243/95, *Hill et Stapleton c. The Revenue Commissioners et Department of Finance*, Recueil 1998, p. I-3739.

d'un régime de travail à temps partagé au seul motif que l'élimination d'une telle discrimination entraînerait une augmentation de ses frais ».

La Cour de justice européenne ne semble donc pas prête à accepter aisément les arguments avancés par des employeurs pour justifier une discrimination fondée sur le sexe lorsque ceux-ci se basent sur des considérations financières ou relatives à la gestion de l'entreprise.

Exemple : dans l'affaire *Ünal Tekeli c. Turquie*, la requérante se plaignait de ce que le droit national obligeait une femme à porter le nom de son mari après son mariage¹⁶⁹. Bien que la législation applicable permît aux femmes mariées d'accoler leur nom de jeune fille à celui de leur époux, la CouEDH a considéré que cette situation était constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe en ce que le droit national n'imposait pas au mari de modifier son nom patronymique.

Exemple : dans l'affaire *Zarb Adami c. Malte*, le requérant alléguait que la pratique inhérente à l'accomplissement du « service de jury » constituait une discrimination car, en vertu des règles d'établissement des listes de jurés, les hommes étaient davantage susceptibles d'être convoqués que les femmes¹⁷⁰. Les statistiques montraient que plus de 95 % des membres des jurys constitués au cours des cinq années précédentes étaient des hommes. La CouEDH a constaté que la pratique en cause était constitutive d'une discrimination, puisque les hommes et les femmes étaient dans une situation comparable du point de vue de leurs obligations civiles.

La notion de « sexe » a également été interprétée de manière à couvrir les cas où le traitement discriminatoire est lié au « sexe » du requérant dans un sens plus abstrait et à permettre ainsi une certaine protection, limitée il est vrai, de l'identité de genre.

La définition la plus largement acceptée de l'identité de genre englobe donc non seulement les personnes ayant subi une opération chirurgicale de conversion sexuelle (« transsexuels »), mais aussi celles qui choisissent d'autres moyens d'expression de leur genre, tels que le travestissement, ou qui adoptent simplement une

¹⁶⁹ *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, CouEDH, 16 novembre 2004.

¹⁷⁰ *Zarb Adami c. Malte*, n° 17209/02, CouEDH, 20 juin 2006.

manière de parler ou de se maquiller normalement associée aux personnes du sexe opposé.

Depuis l'arrêt rendu dans le cadre de l'affaire *P. c. S et Cornwall County Council*, il est admis que la caractéristique protégée que constitue le « sexe » dans le cadre des Directives relatives à la non-discrimination s'étend aussi à la discrimination exercée contre une personne « au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle ». Il apparaît ainsi que cette caractéristique telle qu'interprétée dans le cadre du droit de l'UE ne protège l'identité de genre qu'au sens étroit du terme.

« L'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire. »¹⁷¹

Exemple : l'affaire *KB c. NHS Pensions Agency* concernait le refus d'attribution d'une pension de veuf au partenaire transsexuel de K.B.¹⁷² Ce refus était justifié par le fait que le couple transsexuel ne satisfaisait pas à l'exigence du mariage. Or, à l'époque des faits, le droit britannique ne permettait pas aux transsexuels de contracter mariage.

En ce qui concerne le grief de discrimination, la CJCE a considéré que l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe ne pouvait pas être établie car, lors de l'examen de l'attribution ou non d'une pension de veuf(ve), le traitement réservé au demandeur n'était pas moins favorable selon qu'il s'agissait d'un homme ou d'une femme. Elle a donc examiné le litige sous un autre angle, en se concentrant sur l'exigence du mariage. Elle a ainsi mis l'accent sur le fait que les transsexuels n'étaient jamais autorisés à se marier et, partant, ne pouvaient jamais bénéficier d'une pension de veuf(ve), alors que les hétérosexuels le pouvaient. La CJCE a ensuite rappelé l'arrêt rendu par la CouEDH dans l'affaire *Christine Goodwin*¹⁷³. Sur la base de ces considérations, la CJCE a conclu que la législation britannique en cause était incompatible avec le principe de

171 Cette définition largement acceptée est extraite du document *Les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* (mars 2007), disponible à l'adresse suivante: www.yogyakartaprinclples.org/principles_fr.htm. Ces principes ont été définis par un groupe indépendant d'experts spécialisés en droit international des droits de l'homme.

172 Arrêt de la CJCE du 7 janvier 2004 dans l'affaire C-117/01, *K.B. c. NHS Pensions Agency*, Recueil 2004, p. I-541.

173 *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CouEDH, 11 juillet 2002.

l'égalité de traitement puisqu'elle empêchait les transsexuels de bénéficier d'un élément de la rémunération de leur partenaire.

Exemple : l'affaire *Richards* a donné lieu à des considérations similaires¹⁷⁴. M^{me} Richards, née de sexe masculin, avait subi une opération chirurgicale de conversion sexuelle. L'affaire concernait le bénéfice de la pension d'État au Royaume-Uni où, à l'époque des faits, la pension était octroyée à l'âge de 60 ans pour les femmes et à l'âge de 65 ans pour les hommes. Lorsqu'elle eut atteint l'âge de 60 ans, M^{me} Richards introduisit une demande de pension de retraite, demande qui lui fut refusée au motif qu'elle était reconnue légalement comme étant de sexe masculin et qu'elle ne pouvait donc pas solliciter le bénéfice de la pension d'État avant d'avoir atteint l'âge de 65 ans. La CJCE a dit pour droit que le refus d'octroyer la pension représentait une inégalité de traitement fondée sur la conversion sexuelle de la requérante et constituait, dès lors, une discrimination contraire à l'article 4, paragraphe 1, de la Directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale¹⁷⁵.

La CouEDH n'a pas encore été appelée à se prononcer sur la question de savoir si l'identité de genre doit être qualifiée de caractéristique protégée au titre de l'article 14 et, dans l'affirmative, s'il y a lieu de considérer que ce concept ne couvre que les « transsexuels » ou de l'interpréter de manière plus large. Cela ne signifie pas que la CouEDH ne se soit jamais prononcée sur la question de l'identité sexuelle. Au contraire, elle a déjà jugé que, à l'instar de l'orientation sexuelle et de la vie sexuelle, l'identité de genre relève de la sphère personnelle et ne doit donc faire l'objet d'aucune ingérence de la part des pouvoirs publics.

Exemple : les affaires *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni* concernaient des faits très similaires¹⁷⁶. Les requérantes, qui avaient toutes deux subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, faisaient grief au gouvernement britannique d'avoir rejeté la demande qu'elles

174 Arrêt de la CJCE du 27 avril 2006 dans l'affaire C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Recueil 2006, p. I-3585.

175 Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO L 6 du 10.1.1979, p. 24).

176 *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, CouEDH, 11 juillet 2002 ; *I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, CouEDH, 11 juillet 2002. Voir aussi *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, CouEDH, 11 septembre 2007.

avaient formulée pour obtenir la modification de leur acte de naissance, afin que celui-ci fasse mention de leur nouveau sexe. Les requérantes avaient pu obtenir la modification d'autres documents et de leur nom, mais non de leur acte de naissance, dont la production était requise dans certains cas pour lesquels l'indication du sexe était juridiquement pertinente (comme en matière d'emploi ou de pension, par exemple). Cet état de choses conduisait les intéressées à devoir faire face à des situations embarrassantes et humiliantes lorsqu'elles se voyaient contraintes de révéler que, du point de vue juridique, elles étaient considérées comme étant de sexe masculin. Opérant un revirement de jurisprudence, la CouEDH a considéré que le refus du gouvernement de modifier l'acte de naissance des requérantes portait atteinte au droit au respect de la vie privée ainsi qu'au droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention. Cependant, elle n'a pas recherché si ce refus était aussi contraire aux dispositions de l'article 14.

Exemple : dans l'affaire *Van Kück*, la requérante, qui avait subi une opération de conversion sexuelle et une hormonothérapie, s'était vu refuser le remboursement des frais inhérents à ces traitements médicaux par sa compagnie d'assurance maladie privée¹⁷⁷. La Cour d'appel allemande saisie par la requérante d'un recours dirigé contre ladite compagnie considéra que les traitements subis ne revêtaient pas le caractère « nécessaire » exigé par le contrat d'assurance de la requérante et conclut en conséquence que l'intéressée ne pouvait prétendre à un remboursement. Pour sa part, la CouEDH a estimé que, compte tenu de la nature de l'identité sexuelle et de la gravité de la décision de la requérante de subir des traitements médicaux irréversibles, l'approche de la juridiction nationale avait non seulement privé l'intéressée de son droit à un procès équitable, au mépris de l'article 6 de la Convention, mais aussi porté atteinte à son droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. Toutefois, elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le grief fondé sur l'article 14, car celui-ci portait, en substance, sur des faits identiques.

D'une manière générale, la législation relative à l'« identité de genre » doit faire l'objet de précisions importantes, tant en ce qui concerne le droit de l'UE que le droit national. Des études récentes sur les législations nationales régissant ce domaine montrent qu'il n'existe pas une approche cohérente en Europe et mettent en lumière une division profonde entre les États qui considèrent l'« identité de genre »

¹⁷⁷ *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, CouEDH, 12 juin 2003.

comme faisant partie intégrante de l'« orientation sexuelle » et ceux qui estiment qu'elle doit être traitée dans le cadre de la « discrimination fondée sur le sexe »¹⁷⁸.

Il ressort de diverses affaires portant sur des différences de traitement fondées sur le sexe et concernant l'âge de la retraite que la CouEDH laisse aux États une ample marge d'appréciation en matière de politique fiscale et sociale¹⁷⁹.

Exemple : dans l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*, les requérants soutenaient avoir subi un désavantage à raison de la différence existant entre l'âge de la retraite des hommes et celui des femmes, du fait de modifications intervenues dans le régime de certaines prestations, qui avaient été établies sur la base de l'âge légal de la retraite¹⁸⁰. La CouEDH a estimé que seules des « considérations très fortes » peuvent, en principe, justifier une différence de traitement fondée sur le sexe, mais aussi qu'« une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'État pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale [...] Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'État conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle "manifestement dépourvu de base raisonnable" ». La CouEDH a précisé que la différence existant entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal du départ à la retraite constituait, à l'origine, une forme de « mesure spéciale », en ce sens qu'elle visait à compenser les difficultés financières auxquelles les femmes pouvaient être confrontées en raison de leur rôle traditionnel de « femmes au foyer », qui les empêchait d'acquérir leur indépendance économique. Elle a constaté que le gouvernement avait entrepris des ajustements graduels afin d'égaliser l'âge de départ à la retraite des hommes et des femmes, et qu'il n'avait pas outrepassé la marge d'appréciation

178 Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis* [Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les États membres de l'UE — Partie I: Analyse juridique], FRA, Vienne, 2009, p. 129 à 144 ; Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre* (document thématique de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 29 juillet 2009), CommDH/IssuePaper(2009)2.

179 Ces affaires offrent aussi une précieuse matière à réflexion en ce qui concerne la justification de la différence de traitement, tout en permettant d'élucider davantage ce concept et, partant, d'enrichir les considérations sur la justification exposées précédemment dans le présent manuel.

180 *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 65731/01 et 65900/01, CouEDH, 12 avril 2006.

dont il disposait en choisissant d'étaler ces ajustements sur un certain nombre d'années et en n'ayant pas procédé à des changements plus tôt¹⁸¹.

La CJCE a adopté une approche similaire dans des affaires relatives à une différence de traitement justifiée par des considérations plus générales sur la politique de l'emploi.

Exemple : dans l'affaire *Schnorbus*, la CJCE a constaté que la pratique du ministère de la Justice du *Land* de Hesse qui consistait à donner la préférence, pour l'admission à un stage juridique, à des candidats masculins ayant accompli leur service militaire ou civil obligatoire préparatoire constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe¹⁸². Elle a considéré, néanmoins, que cette pratique était objectivement justifiée car inspirée par le seul souci de compenser les effets du retard que l'exécution du service obligatoire entraînait sur l'évolution de la carrière des candidats masculins.

Exemple : l'affaire *Megner et Scheffel* concernait une législation allemande qui excluait les emplois « mineurs » (c'est-à-dire ceux dont la durée de travail était inférieure à quinze heures par semaine) et les emplois de courte durée des régimes d'assurance vieillesse et d'assurance maladie obligatoires, ainsi que de l'obligation de cotiser à l'assurance chômage¹⁸³. La CJCE a reconnu que cette législation pouvait créer une discrimination indirecte à l'égard des femmes, qui, par nature, étaient davantage susceptibles d'occuper des emplois à temps partiel ou de courte durée que les hommes. Toutefois, elle a accueilli l'argument du gouvernement selon lequel l'inclusion des emplois mineurs et de courte durée dans les régimes susmentionnés engendrerait des coûts d'un tel montant qu'il serait alors nécessaire de réformer en profondeur ces régimes car ceux-ci ne pourraient plus être financés par les seules cotisations. Elle a aussi reconnu qu'il existait une demande pour des emplois mineurs ou de courte durée et que le seul moyen dont le gouvernement disposait pour faciliter l'offre de tels emplois était de les exempter du régime de sécurité sociale. Faute d'adopter

181 Voir aussi: *Barrow c. Royaume-Uni*, n° 42735/02, § 20 à 24 et 37, CouEDH, 22 août 2006 ; *Pearson c. Royaume-Uni*, n° 8374/03, § 12, 13 et 25, CouEDH, 22 août 2006 ; *Walker c. Royaume-Uni*, n° 37212/02, § 19, 20 et 37, CouEDH, 22 août 2006.

182 Arrêt de la CJCE du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-79/99, *Schnorbus c. Land Hessen*, Recueil 2000, p. I-10997.

183 Arrêt de la CJCE du 14 décembre 1995 dans l'affaire C-444/93, *Megner et Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, Recueil 1995, p. I-4741. Voir aussi l'arrêt de la CJCE du 14 décembre 1995 dans l'affaire C-317/93, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Recueil 1995, p. I-4625.

pareille approche, il y avait fort à craindre que des personnes assument, de toute façon, ces emplois, mais sur une base illégale. La CJCE a admis que le gouvernement poursuivait un objectif légitime de politique sociale et qu'il y avait lieu de laisser à l'État une « large marge d'appréciation » dans le choix des mesures susceptibles de réaliser leur « politique sociale et de l'emploi ». Elle a considéré, par conséquent, que la différence de traitement était justifiée.

L'affaire précitée peut être opposée à celle décrite ci-dessous, dans laquelle la Cour de justice a considéré que la discrimination fondée sur le sexe dont il était fait grief ne pouvait être justifiée par des considérations de politique sociale, en dépit des implications fiscales importantes invoquées par le gouvernement.

Exemple : dans l'affaire *De Weerd*, le litige avait pour objet une législation néerlandaise en matière de prestations d'incapacité de travail¹⁸⁴. En 1975, une nouvelle loi avait conféré aux hommes et aux femmes non mariées un droit à une prestation d'incapacité de travail dont le montant ne dépendait pas des revenus que la personne percevait avant d'être déclarée en incapacité de travail. En 1979, cette loi avait été modifiée, et le droit à une prestation avait été ouvert aux femmes mariées. Ce droit était toutefois assorti d'une condition en vertu de laquelle le bénéficiaire devait avoir perçu un niveau déterminé de revenus au cours de l'année précédant le début de l'incapacité. Les requérants contestaient cette législation, faisant valoir (entre autres) que la condition relative aux revenus constituait une discrimination indirecte à l'égard des femmes, qui étaient moins susceptibles que les hommes d'atteindre le niveau de revenus requis. L'État justifiait la différence de traitement par des considérations budgétaires et par la nécessité de limiter les dépenses nationales. La CJCE a considéré que, si le droit de l'UE ne s'oppose pas à ce qu'un État prenne des mesures déterminant quelles catégories de personnes peuvent bénéficier de telle ou telle prestation de sécurité sociale, pareilles mesures ne doivent pas avoir un effet discriminatoire.

Si un rapprochement peut être établi entre les deux affaires susmentionnées sur la base de leur cadre factuel, il semble que l'affaire *De Weerd* représente la « règle » et l'affaire *Megner et Scheffel* l'exception. Quoique le droit de l'UE n'oblige

¹⁸⁴ Arrêt de la CJCE du 24 février 1994 dans l'affaire C-343/92, *M.A. Roks, épouse De Weerd e.a. c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a.*, Recueil 1994, p. I-571.

pas les États membres à adopter des régimes particuliers de sécurité sociale, les juridictions ne peuvent autoriser l'exclusion de certains groupes si la mesure ne se fonde que sur de simples considérations fiscales, car pareille exclusion pourrait porter gravement atteinte au principe de l'égalité de traitement et ouvrir la voie à des abus. Une différence de traitement peut cependant être tolérée si elle constitue le seul moyen d'empêcher l'effondrement de l'ensemble du système de l'assurance maladie et de l'assurance chômage, en particulier dans le cas où toute autre approche aurait pour seul effet de favoriser le travail illégal.

4.3. L'orientation sexuelle

En règle générale, les affaires relatives à des cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle concernent des personnes traitées de manière moins favorable que d'autres à raison de leur homosexualité ou de leur bisexualité. Toutefois, l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle couvre également les cas de discrimination fondée sur l'hétérosexualité.

L'orientation sexuelle peut être comprise comme faisant référence à « la capacité de chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus ».¹⁸⁵

Exemple : une affaire portée devant le Médiateur suédois chargé de la lutte contre la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle (« HomO ») concernait une femme hétérosexuelle qui avait cherché à obtenir, au sein de la Fédération nationale suédoise de défense des droits des lesbiennes, des homosexuels et des transsexuels, un emploi de responsable de l'information en matière de protection pour des rapports sexuels plus sûrs, et dont la candidature avait été rejetée. La plaignante alléguait avoir été victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle¹⁸⁶. L'organisation lui avait expliqué qu'elle désirait engager un homme homosexuel ou bisexuel, de manière à mettre en place une approche de sensibilisation par des pairs. Le médiateur suédois a considéré que la plaignante ne pouvait prétendre être dans une situation comparable à celle d'un homme homosexuel ou bisexuel relativement à ce poste

185 Cette définition largement acceptée est extraite du document *Les principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* (mars 2007), disponible à l'adresse suivante: www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm.

186 HomO, décision du 21 juin 2006, dossier n° 262/06.

(et ne pouvait pas prouver, dès lors, qu'elle avait été traitée de manière moins favorable) ou, en tout état de cause, que la discrimination pouvait se justifier sur la base d'une exigence professionnelle essentielle.

Bien que l'article 14 de la CEDH ne mentionne pas expressément l'« orientation sexuelle » parmi les motifs de discrimination prohibés, la CouEDH a déclaré, en termes exprès et dans diverses affaires, que l'« orientation sexuelle » est couverte par l'expression « toute autre situation » de l'article 14, ce qui la place parmi les caractéristiques protégées par cette disposition¹⁸⁷.

Exemple : dans l'affaire *S.L. c. Autriche*, le requérant se plaignait du fait que le droit national en vigueur à l'époque pertinente réprimait les actes homosexuels librement consentis entre des hommes dont l'un au moins était âgé de moins de 18 ans, tandis que les femmes étaient autorisées à avoir des relations sexuelles (de nature lesbienne ou hétérosexuelle) dès l'âge de 14 ans.¹⁸⁸ La CouEDH a considéré que cette situation constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Exemple : dans l'affaire *E.B. c. France*, la requérante avait vu sa demande d'adoption refusée au motif qu'il n'y avait pas d'homme dans son ménage pour assumer le rôle du père¹⁸⁹. La CouEDH a constaté que le droit national permettait aux adultes célibataires d'adopter des enfants et que la décision des autorités concernées se fondait principalement sur le fait que la requérante avait une relation et vivait avec une autre femme. Elle y a vu une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Il convient de noter que, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, relatif au droit au respect de la vie privée, la CouEDH garantit une protection contre toute ingérence des pouvoirs publics en matière d'orientation sexuelle considérée en tant que telle. Il s'ensuit que, même s'il y a eu traitement discriminatoire fondé sur ce motif, la victime peut se limiter à plaider la violation de l'article 8 de la Convention, sans devoir nécessairement invoquer l'existence du traitement discriminatoire en question.

¹⁸⁷ Voir, par exemple, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 32, CouEDH, 26 février 2002.

¹⁸⁸ *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, CouEDH, 9 janvier 2003.

¹⁸⁹ *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, CouEDH, 22 janvier 2008.

Exemple : l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* concernait une législation britannique qui réprimait les relations sexuelles librement consenties entre adultes homosexuels¹⁹⁰. Le requérant faisait valoir qu'il risquait, en tant qu'homosexuel, d'être poursuivi. La CouEDH a considéré que, en tant que telle, la législation incriminée portait atteinte au droit du requérant au respect de sa vie privée, ce droit couvrant la « vie sexuelle ». La CouEDH a également dit pour droit que, si la protection de la moralité publique constituait un objectif légitime, celui-ci pouvait être poursuivi sans qu'il dût y avoir pareille ingérence dans la vie privée.

La CouEDH se montre particulièrement soucieuse de garantir la protection des personnes lorsque l'État s'immisce dans des domaines considérés comme touchant à des éléments fondamentaux de la dignité personnelle, tels que la vie sexuelle ou la vie familiale. L'affaire suivante montre qu'il est difficile pour les autorités de justifier des ingérences dans la vie privée.

Exemple : dans l'affaire *Karner c. Autriche*, le recours avait pour objet l'interprétation d'une disposition du droit national — l'article 14 de la loi sur les loyers — en vertu de laquelle les membres de la famille ou le « compagnon de vie » du locataire principal d'un logement avaient automatiquement droit à la transmission du bail lors du décès de celui-ci¹⁹¹. Le requérant cohabitait avec son partenaire, le locataire principal, lorsque ce dernier décéda. Selon l'interprétation du droit interne donnée par les juridictions nationales, le droit à la transmission du bail pouvait s'appliquer aux couples hétérosexuels non mariés, mais non aux couples homosexuels. Tout en reconnaissant que le requérant avait été traité différemment en raison de son orientation sexuelle, le gouvernement soutenait que cette différence de traitement était justifiée au motif que les dispositions critiquées visaient à protéger les membres de familles traditionnelles contre la perte de leur logement. La CouEDH a considéré que, bien que la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe une raison légitime, « la marge d'appréciation [...] est étroite, dans le cas [...] d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle ». Elle a affirmé de surcroît que « non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but,

190 *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, CouEDH, 22 octobre 1981.

191 *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 34 à 43, CouEDH, 24 juillet 2003.

d'exclure certaines personnes — en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle — du champ d'application de la mesure dont il s'agit – en l'espèce l'article 14 de la loi sur les loyers ». Estimant que l'État aurait pu avoir recours à des mesures permettant de protéger la famille traditionnelle sans pour autant placer les couples homosexuels en situation désavantageuse, la CouEDH a conclu à l'existence d'une discrimination.

4.4. Le handicap

Ni la CEDH ni la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ne définissent ce qu'il y a lieu d'entendre par « handicap ». Compte tenu de la nature du rôle de la Cour de justice européenne, il est fréquent que les juridictions nationales déterminent elles-mêmes ce que le handicap recouvre et présentent leur interprétation dans leur exposé du cadre factuel des litiges déferés à la Cour de justice. Cette dernière a néanmoins eu l'opportunité, à diverses reprises, de fournir quelques orientations limitées sur ce qui constitue un handicap dans sa jurisprudence.

Exemple : dans l'affaire *Chacon Navas*¹⁹², la CJCE a eu l'occasion de se pencher sur la portée générale des dispositions relatives à la discrimination fondée sur le handicap et en a profité pour souligner que le terme « handicap » devait faire l'objet d'une interprétation uniforme dans toute l'Union européenne. La CJCE a ainsi indiqué qu'un handicap, au sens de la Directive 2000/78/CE, devait être entendu comme visant une « limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle ». Elle a précisé, en outre, que « [p]our que la limitation relève de la notion de "handicap", il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée ». En appliquant cette définition à l'espèce, la CJCE a considéré que M^{me} Navas n'était pas handicapée lorsqu'elle avait saisi la juridiction espagnole d'un recours pour discrimination fondée sur le handicap, après avoir été licenciée au motif qu'elle était en arrêt de travail pour cause de maladie depuis huit mois. La CJCE a clairement précisé qu'il convient d'établir une distinction entre la maladie et le handicap, et que la législation européenne ne prévoit pas de protection en ce qui concerne la maladie.

¹⁹² Arrêt de la CJCE du 11 juillet 2006 dans l'affaire C-13/05, *Chacón Navas c. Eures Colectividades SA*, Recueil 2006, p. I-6467.

Comme indiqué au chapitre 1, l'Union européenne est elle-même partie à la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, de sorte que la Cour de justice de l'Union européenne devrait, selon toute probabilité, se conformer ensuite aux orientations définies par cette convention ainsi qu'aux approches définies par le Comité des droits des personnes handicapées, chargé du suivi et de l'interprétation de la Convention¹⁹³.

Article 1^{er} de la CDPH : « 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. »

Lorsqu'elle sera devenue partie à la Convention susmentionnée, l'Union européenne, de même que ses institutions (et les États membres dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit de l'UE), sera tenue de suivre cette approche globale et inclusive pour l'interprétation de la notion de « handicap ».

Bien que le handicap ne figure pas expressément dans la liste des caractéristiques protégées par la CEDH, la CouEDH l'a inclus dans son interprétation des « autres situations » visées à l'article 14 de la Convention.

Exemple : dans l'affaire *Glor c. Suisse*, la CouEDH a jugé que le requérant, qui était diabétique, pouvait être considéré comme une personne souffrant d'un handicap physique, même si le diabète était qualifié de handicap « mineur » par le droit national¹⁹⁴. Le requérant avait reçu ordre de payer une taxe d'exemption du service militaire, due par toutes les personnes jugées aptes au service. Seules les personnes ayant un taux d'invalidité égal ou supérieur à 40 % (considéré comme équivalent à la perte de l'usage d'un membre) ou les objecteurs de conscience pouvaient bénéficier d'une exonération, ces derniers étant toutefois tenus d'accomplir un « service civil ». Bien que le requérant eût été déclaré inapte à servir dans l'armée en raison de son handicap, celui-ci n'atteignait pas le seuil d'invalidité requis par le droit national pour l'exonération de la taxe. Le requérant avait proposé de faire un « service civil » de remplacement, mais sa demande avait été refusée. La CouEDH a considéré que le traitement appliqué par l'État au requérant était comparable à celui réservé aux personnes qui refusaient sans justification valable d'accomplir leur service militaire. Or le requérant se trouvait dans une situation différente puisqu'il avait été déclaré inapte au service militaire, mais qu'il était désireux et capable d'effectuer un

193 Doc. NU A/RES/61/611 du 13 décembre 2006.

194 *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, CouEDH, 30 avril 2009.

service civil. La CouEDH a conclu que la position des autorités était constitutive d'une discrimination et que, en pareilles circonstances, l'État aurait dû prévoir une exception aux règles en vigueur.

Comme c'est le cas également pour d'autres motifs de discrimination prohibés par la CEDH, il n'est pas rare que la CouEDH examine des affaires dans lesquelles un handicap est en cause sous l'angle uniquement d'un droit matériel plutôt qu'à la fois sous l'angle d'un droit matériel et du droit à la non-discrimination consacré par l'article 14.

Exemple : dans l'affaire *Price c. Royaume-Uni*, la requérante avait été condamnée à sept jours d'emprisonnement. Elle souffrait de handicaps physiques dus à l'ingestion de thalidomide par sa mère durant la grossesse et se caractérisant par une malformation des membres et par des problèmes rénaux¹⁹⁵. Elle devait donc se déplacer en fauteuil roulant, avait besoin d'aide pour aller aux toilettes et se laver, ainsi que d'un aménagement spécial pour dormir. Au cours de sa première nuit de détention, elle fut placée dans une cellule non adaptée à des personnes souffrant d'un handicap physique, où elle ne put dormir correctement ; de plus, elle éprouva de vives douleurs et souffrit d'hypothermie. Transférée dans une prison, elle fut détenue au centre médical de l'établissement, où elle rencontra des problèmes similaires malgré les quelques aménagements qui avaient pu y être apportés. En outre, elle n'avait pas été autorisée à recharger la batterie de son fauteuil roulant, qui se déchargea ainsi complètement. La CouEDH a considéré que la requérante avait été soumise à un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention. Aucune discrimination se rattachant à l'un des droits matériels garantis par la Convention en vertu de l'article 14 ne fut invoquée dans cette affaire.

Exemple : dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, la requérante souffrait d'une maladie dégénérative et désirait obtenir l'assurance, de la part du gouvernement, qu'au cas où son état de santé ne lui permettrait plus de mettre fin elle-même à sa vie, la personne qui l'aiderait à se suicider ne serait pas poursuivie¹⁹⁶. En vertu du droit national, le suicide assisté constituait, en soi, une infraction pénale et était assimilé à un meurtre ou à un homicide. La requérante soutenait notamment que, en adoptant une mesure uniforme d'interdiction du suicide assisté, qui avait des effets négatifs disproportionnés

¹⁹⁵ *Price c. Royaume-Uni*, n° 33394/96, CouEDH, 10 juillet 2001.

¹⁹⁶ *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CouEDH, 29 avril 2002.

sur les personnes devenues invalides et se trouvant dans l'incapacité de mettre fin elles-mêmes à leur vie, l'État avait violé de manière discriminatoire son droit de prendre des décisions concernant son propre corps, droit protégé au titre du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention. La CouEDH a considéré que le refus d'établir une distinction entre « les personnes qui sont physiquement capables de se suicider et celles qui ne le sont pas » était justifié, l'introduction d'exceptions dans la loi risquant, en pratique, de conduire à des abus et d'ébranler la protection du droit à la vie.

4.5. L'âge

L'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge signifie simplement que l'on ne peut réserver à une personne un traitement moins favorable à raison seulement de son âge. Si la discrimination fondée sur l'âge ne tombe pas, en tant que telle, sous le coup d'une disposition spécifique de la CEDH (contrairement aux discriminations fondées sur la religion ou l'orientation sexuelle), certaines situations de discrimination liée à l'âge peuvent néanmoins être examinées sous l'angle de plusieurs droits. Dans certaines affaires portées devant elle et dont les faits laissaient soupçonner une discrimination fondée sur l'âge, la CouEDH s'est prononcée — comme elle l'a fait également dans d'autres domaines — sans réellement se livrer à une analyse sous cet angle. S'agissant en particulier d'affaires mettant en cause le traitement réservé aux enfants par le système de la justice pénale, elle a considéré que l'« âge » faisait partie des caractéristiques protégées par l'expression « toute autre situation »¹⁹⁷.

Exemple : l'affaire *Schwizgebel c. Suisse* avait pour objet un litige concernant le rejet d'une demande d'adoption d'un enfant présentée par une mère célibataire de 47 ans¹⁹⁸. Les autorités nationales avaient motivé leur décision de refus par la différence d'âge entre la requérante et l'enfant, ainsi que par le fardeau financier considérable que l'adoption envisagée aurait fait peser sur la requérante, qui était déjà mère d'un autre enfant. La CouEDH a considéré que la requérante avait, en raison de son âge, été traitée différemment d'autres femmes, plus jeunes, candidates à une adoption. Après avoir constaté que la question de l'âge maximal pour pouvoir adopter ne faisait pas l'objet d'une approche uniforme au sein des États contractants, elle a reconnu à chacun d'eux une large marge d'appréciation en la matière. De plus, elle a estimé

197 *Schwizgebel c. Suisse*, n° 25762/07, CouEDH, 10 juin 2010.

198 *Ibid.*

que l'argument de l'autorité nationale concernant la différence d'âge entre la requérante et l'enfant n'était pas arbitraire mais prenait en considération les intérêts supérieurs de l'enfant et le fardeau financier que constituerait le fait d'avoir un second enfant, fardeau qui pourrait lui aussi avoir une incidence sur le bien-être de l'enfant. Par conséquent, la CouEDH a dit pour droit que la différence de traitement était justifiée.

Exemple : dans les affaires *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni*, les requérants étaient deux garçons qui avaient été jugés et reconnus coupables d'un meurtre commis alors qu'ils étaient âgés de 10 ans¹⁹⁹. Ils se plaignaient notamment d'avoir été privés d'un procès équitable, considérant que leur âge et leur manque de maturité les avaient empêchés de participer activement à leur défense. La CouEDH a considéré que l'État avait l'obligation de traiter un enfant accusé d'une infraction « d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel », et de prendre des mesures « de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci ». Constatant que le Royaume-Uni avait manqué à cette obligation, elle a conclu à la violation de l'article 6 de la CEDH. La CouEDH a considéré, par ailleurs, qu'il n'y avait pas lieu d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14.

Exemple : dans les affaires *D.G. c. Irlande* et *Bouamar c. Belgique*, les requérants mineurs avaient été détenus par les autorités nationales²⁰⁰. La CouEDH a considéré, en se fondant sur les faits dont elle avait été saisie, que le droit des requérants à ne pas être soumis à une détention arbitraire avait été violé. En outre, les requérants se prétendaient victimes d'un traitement discriminatoire par rapport à celui réservé aux adultes, le droit national interdisant que des adultes fussent privés de leur liberté pour des faits leur étant reprochés. La CouEDH a reconnu l'existence d'une différence de traitement entre les adultes et les enfants, mais elle a estimé que cette différence était justifiée, dès lors que l'objectif sous-tendant la privation de liberté était de protéger les mineurs, considération qui ne s'appliquait pas aux adultes.

199 *T. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24724/94, CouEDH, 16 décembre 1999 ; *V. c. Royaume-Uni* [GC], n° 24888/94, CouEDH, 16 décembre 1999.

200 *D.G. c. Irlande*, n° 39474/98, CouEDH, 16 mai 2002 ; *Bouamar c. Belgique*, n° 9106/80, CouEDH, 29 février 1988.

4.6. La race, l'origine ethnique, la couleur et l'appartenance à une minorité nationale

Le droit de l'UE et la CEDH définissent de manière légèrement différente la portée de la caractéristique protégée que constitue l'origine raciale ou ethnique. En effet, la Directive sur l'égalité raciale exclut expressément la « nationalité » du concept de race ou d'origine ethnique. Bien que la Convention considère la « nationalité » ou l'« origine nationale » comme une caractéristique distincte, la jurisprudence évoquée ci-après montre que la nationalité peut être comprise comme un élément constitutif de l'origine ethnique. Cette interprétation n'implique nullement que le droit de l'UE autorise la discrimination fondée sur la nationalité ; elle découle du fait que, par suite de l'évolution de ce droit, la discrimination fondée sur la nationalité est désormais régie par la législation relative à la libre circulation des personnes. La Directive sur l'égalité raciale ne définit pas, à proprement parler, ce qu'il y a lieu d'entendre par « race ou origine ethnique », si ce n'est qu'elle exclut la nationalité de ce concept. Divers autres instruments fournissent quelques orientations sur la manière de comprendre la race et l'origine ethnique. Alors que la « couleur » et l'« appartenance à une minorité nationale » sont citées dans la Convention comme des caractéristiques distinctes, aucune des deux notions n'est explicitement mentionnée dans la Directive sur l'égalité raciale. Ces termes étant indissociables de la définition de la race et de l'origine ethnique, c'est dans ce contexte que nous les examinerons ici.

Selon la définition donnée par la Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, le racisme et la xénophobie incluent la violence ou la haine visant un groupe de personnes, défini par référence à « la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe a adopté une approche large en définissant la « discrimination raciale » comme visant toute différence de traitement fondée sur un motif tel que « la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique »²⁰¹. De même, l'article 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de l'ONU de 1966 (à laquelle tous les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sont parties) définit la discrimination raciale comme incluant les motifs de « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine

²⁰¹ Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, CRI(2003)8, adoptée le 13 décembre 2002, paragraphe 1, points b) et c).

nationale ou ethnique »²⁰². Le Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), responsable de l'interprétation et du contrôle du respect par les États parties de la Convention susmentionnée, a précisé par ailleurs que, sauf justification du contraire, l'identification d'un individu comme appartenant à un groupe ou à des groupes raciaux ou ethniques particuliers doit « être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné »²⁰³. Cette précision empêche les États parties à la Convention de refuser la protection contre la discrimination raciale à tout groupe ethnique qu'il ne reconnaît pas.

Quoique le droit de l'UE ne mentionne pas expressément la langue, la couleur ou l'ascendance comme constituant des motifs de discrimination prohibés, cela ne veut pas dire pour autant que ces caractéristiques ne peuvent pas jouir d'une protection sous le couvert de la race ou de l'origine ethnique. En effet, la langue, la couleur et l'ascendance sont intrinsèquement liées à la race et à l'origine ethnique. De même, la nationalité peut, dans certaines circonstances déterminées, être reprise dans le cadre de ces deux caractéristiques, dans la mesure où les facteurs constituant la nationalité relèvent également de la race et de l'origine ethnique.

Dans le cadre de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la religion est expressément protégée comme une caractéristique distincte. Toutefois, une personne s'estimant victime d'une discrimination fondée sur la religion peut avoir intérêt à associer le motif de la religion à celui de la race, dans la mesure où le champ d'application de la protection contre la discrimination raciale garantie par la législation européenne actuellement en vigueur est plus ample que celui de la protection contre la discrimination religieuse. Cette différence s'explique par le fait que la Directive sur l'égalité raciale se réfère au domaine de l'emploi, mais aussi à celui de l'accès aux biens et aux services, tandis que la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail concerne uniquement le domaine de l'emploi.

Il ressort des interprétations données par la CouEDH des concepts de race et d'origine ethnique que la langue, la religion, la nationalité et la culture peuvent être indissociables de la race. Dans l'affaire *Timichev*, le requérant, d'origine tchétchène, s'était vu refuser le passage à un poste de contrôle, les gardes ayant

202 Recueil des traités des Nations unies, vol. 660, p. 195.

203 CERD, *Recommandation générale VIII concernant l'interprétation et l'application des paragraphes 1 et 4 de l'article premier de la Convention*.

reçu ordre d'interdire l'accès à toute personne d'origine tchéchène. La CouEDH s'est exprimée ainsi :

« L'origine ethnique et la race sont des notions liées, qui se recoupent. Si la notion de race trouve son origine dans l'idée d'une classification biologique des êtres humains en sous-espèces selon leurs particularités morphologiques (couleur de la peau, traits du visage), l'origine ethnique se fonde sur l'idée de groupes sociaux ayant en commun une nationalité, une appartenance tribale, une religion, une langue, des origines et un milieu culturels et traditionnels. »²⁰⁴

Exemple : l'affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* fut la première affaire tranchée sur le terrain du Protocole n° 12 à la Convention. Les requérants se plaignaient d'avoir été privés de la possibilité de se porter candidats à des élections²⁰⁵. Dans le cadre d'un accord de paix destiné à mettre fin au conflit qui avait sévi dans la région durant les années 90, un dispositif de partage du pouvoir avait été négocié entre les trois principaux groupes ethniques. Il prévoyait que toute personne désireuse de se porter candidate à des élections devait déclarer son affiliation à la communauté bosniaque, serbe ou croate. Les requérants, qui étaient respectivement d'origine juive et d'origine rom et qui avaient refusé de se plier à cette obligation, disaient avoir été victimes d'une discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique. Dans son appréciation, la CouEDH a réitéré les explications précitées concernant la relation entre la race et l'origine ethnique, ajoutant que « [l]a discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne constitue une forme de discrimination raciale ». Le constat de discrimination raciale opéré par la CouEDH illustre l'interaction entre l'origine ethnique et la religion. Par ailleurs, la CouEDH a considéré que la fragilité de l'accord de paix ne pouvait servir à justifier cette discrimination.

Exemple : dans une affaire portée devant la Commission autrichienne pour l'égalité de traitement, un Sikh se plaignait de ne pas avoir été autorisé à pénétrer dans un tribunal de Vienne, au motif qu'il refusait de se défaire de l'épée cérémoniale portée par les adeptes de la religion Sikh²⁰⁶. La Commission a examiné cette affaire comme un cas de discrimination fondée sur l'origine

204 *Timichev c. Russie*, nos 55762/00 et 55974/00, § 55, CouEDH, 13 décembre 2005.

205 *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], nos 27996/06 et 34836/06, CouEDH, 22 décembre 2009.

206 Commission pour l'égalité de traitement (troisième chambre). Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 5-1. Texte original: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

ethnique. Eu égard aux faits de l'espèce, elle a considéré que la différence de traitement était justifiée par des motifs de sécurité.

La CouEDH se montre extrêmement stricte en matière de discrimination fondée sur la race ou sur l'origine ethnique, précisant que « dans une société démocratique contemporaine basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée. »²⁰⁷

Une étude de cas intéressante, qui met en lumière les éléments à prendre en considération lors de l'examen d'un grief tiré d'une discrimination fondée sur la race au titre de la Convention, peut être consultée sur la page « Formation aux droits de l'homme pour des professionnels du droit » du site internet du Conseil de l'Europe²⁰⁸.

4.7. La nationalité ou l'origine nationale

Aux termes de l'article 2, point a), de la Convention sur la nationalité du Conseil de l'Europe (1996), la nationalité désigne « le lien juridique entre une personne et un État ». Si cette Convention n'a pas été ratifiée par grand nombre de pays, la définition précitée se fonde sur des règles consacrées par le droit international public²⁰⁹ et elle a été reprise à son compte par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance²¹⁰. L'« origine nationale » peut être comprise comme désignant la nationalité qu'une personne possédait initialement, mais qu'elle a soit perdue, soit conservée en complément d'une autre nationalité acquise par naturalisation ; elle peut aussi se référer à l'attachement d'une personne envers une « nation » au sein d'un État (comme l'Écosse dans le Royaume-Uni).

207 *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n°s 27996/06 et 34836/06, § 44, CouEDH, 22 décembre 2009. Voir aussi *Timichev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, § 58, 13 décembre 2005.

208 Étude de cas n° 15 - Arrestation, détention avant jugement, mauvais traitements infligés à un Rom, accessible à l'adresse: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=2.

209 Arrêt de la Cour internationale de justice du 6 avril 1955 dans l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, CIJ Recueil 1955, p. 4, point 23 : « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. »

210 Recommandation de politique générale n° 7 de l'ECRI sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale, CRI(2003)8, adoptée le 13 décembre 2002, p. 6.

Exemple : dans l'affaire *Chen*, la CJCE a dû se prononcer sur la question de savoir si un enfant avait le droit de résider dans un État membre alors qu'il était né dans un autre État membre et que sa mère, dont il dépendait, était ressortissante d'un État tiers²¹¹. La CJCE a considéré que, lorsqu'un État membre fixe des conditions pour l'obtention de la nationalité et qu'une personne remplit ces conditions, un autre État membre ne peut mettre en cause le droit à cette nationalité lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de séjour par la personne en question.

Si la CEDH garantit une protection plus étendue que le droit de l'UE en matière de nationalité, elle reconnaît aussi volontiers que l'absence de lien juridique de nationalité va souvent de pair avec l'absence de connexions factuelles avec un État déterminé, laquelle, à son tour, empêche la victime supposée de faire valoir qu'elle se trouve dans une position comparable à celle des ressortissants. L'approche de la CouEDH en la matière peut être schématisée comme suit : plus le lien factuel unissant une personne à un État déterminé est étroit — on peut citer à cet égard l'exemple du paiement des impôts —, moins la CouEDH est encline à considérer qu'une différence de traitement fondée sur la nationalité est justifiée.

Exemple : dans l'affaire *Zeibek c. Grèce*, la requérante s'était vu refuser le droit à la pension de retraite accordée aux mères de « famille nombreuse »²¹². Bien qu'elle eût le nombre d'enfants requis pour pouvoir prétendre à ce droit, l'un d'eux ne possédait pas la nationalité grecque à la date où elle avait atteint l'âge de la retraite. Cette situation résultait de ce que le gouvernement eût antérieurement décidé de retirer la nationalité grecque à l'ensemble de la famille de la requérante (décision qui était, elle-même, entachée d'irrégularités), puis de restituer cette nationalité à trois des quatre enfants seulement, le quatrième étant déjà marié. La CouEDH a constaté qu'une politique de retrait de la nationalité avait été appliquée en particulier aux citoyens grecs de confession musulmane, et elle a jugé que le refus d'octroi de la pension ne pouvait pas être justifié par la nécessité de préserver la nation grecque, ce raisonnement étant en soi constitutif d'une discrimination fondée sur l'origine nationale.

211 Arrêt de la CJCE du 19 octobre 2004 dans l'affaire C-200/02, *Chen c. Secretary of State for the Home Department*, Recueil 2004, p. I-9925.

212 *Zeibek c. Grèce*, n° 46368/06, CouEDH, 9 juillet 2009.

Exemple : l'affaire *Anakomba Yula c. Belgique* concernait une ressortissante congolaise en séjour illégal sur le territoire belge²¹³. Son permis de séjour avait expiré peu de temps après qu'elle eut donné naissance à un enfant et elle avait entrepris la procédure de renouvellement. Elle était séparée de son époux, de nationalité congolaise. Le père biologique de l'enfant, de nationalité belge, et elle-même souhaitaient faire reconnaître la paternité de l'enfant. Pour ce faire, la requérante devait introduire une action en contestation de paternité à l'encontre de son époux, dans un délai d'un an à compter de la naissance. Ne disposant pas de moyens financiers suffisants, la requérante demanda l'octroi d'une assistance judiciaire pour couvrir les frais de procédure. Elle se vit opposer un refus au motif que cette aide financière n'était octroyée aux ressortissants d'États non membres du Conseil de l'Europe que lorsque la demande portait sur l'établissement d'un droit de séjour. On conseilla à la requérante d'attendre que la procédure de renouvellement de son permis de séjour soit terminée avant de réintroduire une action en contestation de paternité. La CouEDH considéra que, dans les circonstances de l'espèce, la requérante avait été privée de son droit à un procès équitable en raison de sa nationalité. Elle jugea que l'État n'était pas fondé à établir une différence de traitement entre les personnes titulaires d'un permis de séjour et celles qui ne l'étaient pas alors que des questions graves liées au droit de la famille étaient en jeu, que le délai imparti pour l'établissement de la paternité était restreint et que la procédure de renouvellement du permis de séjour de l'intéressée était en cours.

Comme indiqué au point 3.2., le droit de l'UE n'interdit la discrimination fondée sur la nationalité que dans le seul cadre de la libre circulation des personnes. En particulier, la législation de l'UE relative à la libre circulation octroie des droits limités aux ressortissants de pays tiers. En revanche, la CEDH impose à tous les États membres du Conseil de l'Europe (dont font partie tous les États membres de l'Union européenne) l'obligation de garantir les droits qu'elle consacre à toutes les personnes relevant de leur juridiction (y compris les non-ressortissants). La CouEDH veille à maintenir un juste équilibre entre, d'une part, le droit pour l'État d'exercer un contrôle sur les avantages qu'il peut accorder à ceux qui jouissent du lien juridique de la nationalité et, d'autre part, la nécessité d'empêcher les États d'opérer une discrimination à l'égard des personnes ayant noué des liens factuels étroits avec eux. Dans les affaires concernant des questions de sécurité sociale,

²¹³ *Anakomba Yula c. Belgique*, n° 45413/07, CouEDH, 10 mars 2009.

la CouEDH se livre à un examen extrêmement attentif du litige dès lors que les personnes concernées peuvent attester d'un lien factuel fort avec un État.

Le droit pour les États de réglementer l'entrée des non-ressortissants sur leur territoire et la sortie de ceux-ci hors de leurs frontières est bien établi en droit international public et admis par la CouEDH. Les requêtes dont la CouEDH a été saisie à cet égard avaient principalement pour objet l'éloignement de personnes risquant d'être soumises à des actes de torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans l'État de destination (requêtes fondées sur l'article 3)²¹⁴ ou ayant noué, dans l'État d'accueil, de solides liens familiaux appelés à se rompre en cas d'expulsion forcée (requêtes fondées sur l'article 8)²¹⁵.

Exemple : dans les affaires *C. c. Belgique* et *Moustaquim c. Belgique*, les requérants, qui avaient tous deux la nationalité marocaine, avaient été reconnus coupables d'infractions pénales et devaient être expulsés du territoire belge²¹⁶. Faisant valoir que ni les ressortissants belges ni les étrangers ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne ne pouvaient être expulsés en pareilles circonstances, ils se prétendaient victimes d'une discrimination fondée sur la nationalité. Toutefois, la CouEDH a estimé que les requérants ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle des ressortissants belges, puisque les ressortissants d'un État jouissent du droit d'y demeurer, ce droit étant expressément consacré par la CEDH (plus précisément par l'article 3 du Protocole n° 4 à la Convention). De surcroît, la CouEDH a considéré que la différence de traitement entre les ressortissants de pays tiers et les ressortissants d'autres États membres de l'UE se justifiait par le fait que cette dernière avait institué un ordre juridique spécifique ainsi qu'une citoyenneté qui lui était propre.

Il convient de comparer ces affaires à celles dans lesquelles le requérant a noué des liens factuels étroits avec l'État d'accueil, soit parce qu'il y a séjourné durant une longue période, soit parce qu'il y a payé des impôts.

214 Voir par exemple *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, CouEDH, 15 novembre 1996.

215 Les chances de voir ces recours aboutir à la levée de l'ordre d'expulsion sont cependant moindres que dans le cas des recours formés au titre de l'article 3. Voir, entre autres, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n°s 9214/80, 9473/81 et 9474/81, CouEDH, 28 mai 1985.

216 *C. c. Belgique*, n° 21794/93, CouEDH, 7 août 1996 ; *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86, CouEDH, 18 février 1991.

Exemple : dans l'affaire *Andrejeva c. Lettonie*, la requérante, autrefois ressortissante de l'ex-URSS, jouissait d'un droit de séjour permanent en Lettonie²¹⁷. Au regard du droit national, bien qu'elle eût occupé le même poste sur le territoire letton avant et après l'indépendance, elle était considérée comme ayant travaillé hors du territoire letton au cours de la période ayant précédé l'indépendance, raison pour laquelle sa pension avait été calculée sur la base de la période de travail accomplie dans le poste après l'accession de la Lettonie à l'indépendance. En revanche, la pension des ressortissants lettons ayant occupé un poste identique au sien était calculée sur la base de l'intégralité de la période où ils avaient travaillé, y compris celle antérieure à l'indépendance. La CouEDH a estimé que la requérante se trouvait dans une situation comparable à celle des ressortissants lettons, puisqu'elle était une « non-citoyenne résidente permanente » au regard du droit national et qu'elle avait payé des impôts à ce titre. Observant que seules des « raisons très solides » peuvent justifier une différence de traitement fondée uniquement sur la nationalité, elle a constaté que de telles raisons n'existaient pas en l'espèce. Tout en reconnaissant que les États jouissent d'ordinaire d'une ample marge d'appréciation pour prendre des mesures d'ordre général en matière fiscale ou sociale, la CouEDH a considéré que la situation de la requérante était trop similaire, dans les faits, à celle des ressortissants lettons pour justifier une discrimination sur cette base.

Exemple : dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*, un ressortissant turc qui avait travaillé en Autriche s'était vu refuser le bénéfice des allocations de chômage au motif qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne²¹⁸. La CouEDH a constaté qu'il était dans une situation comparable à celle des ressortissants autrichiens, puisqu'il était un résident permanent et qu'il avait contribué au financement du régime de la sécurité sociale par le paiement de ses impôts. Elle a déclaré que l'absence d'un accord de réciprocité entre l'Autriche et la Turquie en matière de sécurité sociale ne pouvait justifier la différence de traitement critiquée car la situation du requérant était trop proche, dans les faits, de celle des ressortissants autrichiens.

Exemple : dans l'affaire *Koua Poirrez c. France*, un ressortissant de Côte d'Ivoire avait demandé l'octroi d'une allocation d'adulte handicapé. Sa demande avait été rejetée au motif que cette allocation était réservée aux ressortissants

217 *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CouEDH, 18 février 2009.

218 *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, CouEDH, 16 septembre 1996.

français ou aux ressortissants d'États avec lesquels la France avait conclu un accord de réciprocité en matière de sécurité sociale²¹⁹. La CouEDH a estimé que le requérant se trouvait, en pratique, dans une situation analogue à celle des ressortissants français, puisqu'il satisfaisait à tous les autres critères fixés par la réglementation pour le bénéfice de l'allocation et qu'il avait pu bénéficier d'autres prestations de sécurité sociale non soumises à la condition de nationalité. Elle a souligné que seules des « considérations très fortes » auraient pu justifier une différence de traitement entre le requérant et d'autres ressortissants. Contrairement aux autres affaires examinées ci-dessus, dans lesquelles la CouEDH avait reconnu à l'État une ample marge d'appréciation en matière de politique fiscale et sociale, elle n'a pas été convaincue par l'argument de la France concernant la nécessité d'équilibrer les recettes et les dépenses de l'État, ni par celui tiré de l'absence d'accord de réciprocité entre la France et la Côte d'Ivoire. Il est intéressant d'observer que, dans cette affaire, le droit à l'allocation litigieuse n'était pas lié au paiement par le requérant de cotisations au régime national de sécurité sociale et que, dans les affaires évoquées *supra*, le paiement de cotisations sociales avait été l'élément déterminant pour la condamnation de la discrimination fondée sur la nationalité.

4.8. La religion ou les convictions²²⁰

Si le droit de l'UE prévoit une protection limitée contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le champ d'application de la CEDH se révèle, par contre, beaucoup plus vaste, puisque l'article 9 garantit spécifiquement la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Exemple : dans l'affaire *Alujer Fernandez et Caballero García c. Espagne*, les requérants se plaignaient de ne pas être autorisés à allouer un certain pourcentage de leur impôt sur le revenu directement à leur Église, contrairement aux catholiques²²¹. La CouEDH a déclaré irrecevable la requête

²¹⁹ *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CouEDH, 30 septembre 2003.

²²⁰ Une étude expliquant la portée de l'article 9 de la Convention peut être consultée sur la page « Formation aux droits de l'homme pour des professionnels du droit » du site Internet du Conseil de l'Europe: Murdoch, J., *Liberté de pensée, de conscience et de religion*, Précis sur les droits de l'homme, n° 2, 2007. Cette étude est accessible à l'adresse suivante: www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122.

²²¹ *Alujer Fernández et Caballero García c. Espagne* (déc.), n° 53072/99, CouEDH, 14 juin 2001.

introduite dans cette affaire, au motif que l'Église en question n'était pas dans une situation comparable à celle de l'Église catholique car elle n'avait pas soumis pareille demande au gouvernement et ne pouvait se prévaloir de l'existence d'un accord de réciprocité similaire à celui conclu entre le Saint-Siège et le gouvernement espagnol.

Exemple : l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* concernait une organisation juive qui certifiait « casher » la viande vendue dans les restaurants et boucheries de ses membres²²². Considérant que la viande abattue par une organisation juive en place ne se conformait plus aux prescriptions strictes concernant la viande casher, la requérante avait déposé une demande d'agrément auprès de l'État, afin de pouvoir pratiquer elle-même l'abattage rituel. Cet agrément lui avait été refusé au motif qu'elle n'était pas suffisamment représentative de la communauté juive française et qu'un autre abattage rituel était déjà autorisé. La CouEDH a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, l'organisation ne subissait aucun désavantage réel, puisqu'elle pouvait toujours se procurer, auprès d'autres sources, de la viande abattue selon la méthode prescrite.

Il ressort de la jurisprudence de la CJCE et de la CouEDH qu'aucune de ces deux juridictions ne s'est jusqu'ici livrée à un examen approfondi de ce que recouvrent les notions de « religion » et de « conviction » faisant l'objet d'une protection au titre de la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ou de la CEDH. Tel n'est pas le cas, en revanche, des juridictions nationales, qui ont analysé en profondeur ces deux notions²²³.

Exemple : dans l'affaire *Islington London Borough Council c. Ladele (partie intervenante : Liberty)*, il était demandé à la Cour d'appel du Royaume-Uni de se prononcer sur la question de savoir si la plaignante, qui exerçait la profession d'officier de l'état civil, avait été victime d'une discrimination fondée sur la religion ou les convictions lorsqu'elle avait été sanctionnée pour

222 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], n° 27417/95, CouEDH, 27 juin 2000.

223 Le droit à la liberté de religion et de conviction est également protégé en tant que droit autonome par l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, auquel tous les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe ont adhéré. Voir Comité des droits de l'homme des Nations unies, *General Comment No. 22 : Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion)* [Observation générale n° 22 : article 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion)].

avoir refusé de célébrer des partenariats civils²²⁴. Son refus était motivé par ses convictions chrétiennes. La Cour d'appel a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un cas de discrimination directe fondée sur la religion, étant donné que le traitement moins favorable qui avait été réservé à l'intéressée n'était pas fondé sur ses convictions religieuses, mais sur son refus de se conformer à l'une des conditions contractuelles inhérentes à son emploi. Elle a également rejeté le grief de discrimination indirecte, indiquant que les mesures disciplinaires prises à l'endroit de la plaignante s'inscrivaient dans le cadre de l'engagement primordial du conseil municipal en faveur de la promotion de l'égalité et de la diversité, tant dans la communauté qu'au niveau interne, et qu'elles ne constituaient nullement une atteinte au droit de la plaignante d'avoir ses propres convictions. La Cour d'appel a ajouté qu'une décision contraire aurait pu s'analyser en une discrimination fondée sur un autre motif, à savoir celui de l'orientation sexuelle. Elle a reconnu que le droit individuel à la non-discrimination devait être mis en balance avec le droit de la communauté à la non-discrimination.

Dans une série d'affaires concernant le droit matériel à la liberté de religion et de conviction consacré par la CEDH, la CouEDH a clairement indiqué que les États n'ont pas à chercher à définir par voie d'autorité ce qui constitue une « religion » ou des « convictions », ces notions protégeant « les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents ». Elle a aussi souligné que le droit susmentionné garantit à chacun la liberté « d'adhérer ou non à une religion et celle de la pratiquer ou non ». En outre, ces affaires ont mis en exergue le fait que la religion et les convictions sont, par essence, des éléments personnels et subjectifs qui ne sont pas nécessairement liés à une croyance organisée autour d'institutions²²⁵. Certaines religions plus récentes, dont la scientologie, ont été considérées comme pouvant aussi bénéficier d'une protection²²⁶.

La CouEDH a précisé son approche de la notion de « convictions » dans le cadre du droit à l'instruction consacré par l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention, qui dispose que l'État doit respecter le droit des parents d'assurer l'éducation et

224 Arrêt de la *Court of Appeal of England & Wales* (Royaume-Uni) du 12 février 2010 dans l'affaire *Islington London Borough Council c. Ladele (partie intervenante, Liberty)* [2009] EWCA Civ. 1357.

225 *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, n° 72881/01, § 57 et 58, CouEDH, 5 octobre, 2006 ; *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, § 114, CouEDH, 14 décembre 2001 ; *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n° 30985/96, § 60 et 62, CouEDH, 26 octobre 2000.

226 *Église de scientologie de Moscou c. Russie*, n° 18147/02, CouEDH, 5 avril 2007.

l'enseignement de leurs enfants « conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ». Elle s'est ainsi exprimée :

« Considéré isolément et dans son acception ordinaire, le mot “convictions” n'est pas synonyme des termes “opinion” et “idées” tels que les emploie l'article 10 [...] de la Convention qui garantit la liberté d'expression ; on le retrouve dans la version française de l'article 9 [...] Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance. »²²⁷

La CouEDH a eu à connaître récemment d'affaires concernant la liberté de religion et mettant en cause des États qui entendaient maintenir le principe de laïcité et minimiser les divisions que la religion risquait de susciter dans la société. Dans ce contexte, la CouEDH a mis tout particulièrement l'accent sur l'objectif déclaré de défense de l'ordre et de protection des droits et libertés d'autrui.

Exemple : l'affaire *Köse et autres c. Turquie* concernait un code vestimentaire interdisant le port du foulard par les filles dans les écoles. Les requérants soutenaient que cette interdiction était constitutive d'une discrimination fondée sur la religion, faisant valoir que le port du foulard était une pratique religieuse musulmane²²⁸. La CouEDH a estimé que les règles vestimentaires en cause n'étaient pas liées à des questions d'adhésion à une religion particulière, mais visaient plutôt à préserver les principes de neutralité et de laïcité dans les écoles, principes qui avaient eux-mêmes pour but la défense de l'ordre et la protection du droit d'autrui à ne pas subir d'ingérence dans ses propres convictions religieuses, raison pour laquelle elle a considéré que le recours était manifestement dépourvu de fondement et irrecevable. Elle a adopté une approche similaire dans une affaire concernant le code vestimentaire imposé aux enseignants²²⁹.

4.9. La langue

Il convient d'observer que tant la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe²³⁰ (adoptée en 1995 et ratifiée par 39 États

²²⁷ *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, nos 7511/76 et 7743/76, § 36, CouEDH, 25 février 1982.

²²⁸ *Köse et autres c. Turquie* (déc.), n° 26625/02, CouEDH, 24 janvier 2006.

²²⁹ *Dahlab c. Suisse* (déc.), n° 42393/98, CouEDH, 15 février 2001.

²³⁰ STCE n° 157.

membres) que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires²³¹ (adoptée en 1992 et ratifiée par 24 États membres) imposent aux États qui y sont parties des obligations spécifiques en matière d'usage des langues minoritaires. Cependant, aucun des ces deux instruments ne définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « langue ». L'article 6, paragraphe 3, de la CEDH garantit expressément certains droits dans le cadre d'une procédure pénale, tels que le droit reconnu à toute personne accusée d'une infraction d'être informée de ce qu'on lui reproche dans une langue qu'elle comprend et de se faire assister d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Si la langue est reconnue par la CEDH comme constituant, en soi, une caractéristique protégée, elle ne l'est pas par les Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination. Elle peut néanmoins faire l'objet d'une protection au titre de la Directive sur l'égalité raciale, dans la mesure où elle peut être liée à la race ou à l'origine ethnique. C'est aussi sous cet angle que la CouEDH peut parfois l'examiner. La CJCE s'est aussi prononcée en faveur d'une protection de la langue *via* le motif de la nationalité, dans le cadre de la législation relative à la libre circulation des personnes²³².

En règle générale, les affaires portées devant la CouEDH au sujet de questions linguistiques ont trait au domaine de l'enseignement.

Exemple : dans l'Affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* », un certain nombre de parents alléguaient que la législation nationale relative à l'enseignement opérait une discrimination fondée sur la langue²³³. Pour les communautés francophone et néerlandophone de Belgique, le droit national disposait que l'enseignement dispensé ou subventionné par l'État devait être donné soit en français soit en néerlandais, selon que la région où se trouvait l'établissement d'enseignement était considérée comme francophone ou néerlandophone. Des parents d'enfants francophones vivant dans la région néerlandophone soutenaient que, du fait de cette disposition, il leur était impossible ou, à tout le moins, beaucoup plus difficile d'obtenir que leurs enfants reçoivent une instruction en français. Tout

231 STCE n° 148.

232 Arrêt de la CJCE du 28 novembre 1989 dans l'affaire C-379/87, *Groener c. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee*, Recueil 1989, p. 3967.

233 Affaire « *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » c. *Belgique*, nos 1474/62 et autres, CouEDH, 23 juillet 1968.

en reconnaissant l'existence d'une différence de traitement, la CouEDH l'a jugée justifiée au motif que les régions étaient essentiellement unilingues. Dans la mesure où il n'était pas viable, pour un établissement, d'offrir un enseignement dans les deux langues nationales, la différence de traitement se justifiait. De plus, il n'était pas interdit aux familles d'avoir recours à un enseignement privé en français dans les localités néerlandophones.

Pour y voir plus clair sur la manière dont la caractéristique protégée de la langue fonctionne en pratique, il peut être utile de se pencher sur deux affaires tranchées par le Comité des droits de l'homme (CCPR) des Nations unies, chargé d'interpréter et de veiller au respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (auquel tous les États membres de l'Union européenne ont adhéré).

Exemple : dans l'affaire *Diergaardt c. Namibie*, les requérants appartenaient à un groupe minoritaire d'origine européenne qui, après avoir joui d'une autonomie politique, était repassé sous le contrôle de l'État namibien²³⁴. La langue utilisée par cette communauté était l'afrikaans. Les requérants se plaignaient de l'obligation qui leur était faite d'utiliser l'anglais, plutôt que leur langue maternelle, au cours des procédures judiciaires. Ils dénonçaient aussi la ligne de conduite des pouvoirs publics namubiens qui consistait à refuser de répondre en afrikaans à toutes les communications écrites ou orales des requérants, alors qu'ils étaient en mesure de s'exprimer dans cette langue. Le Comité des droits de l'homme a considéré qu'il n'y avait pas eu violation du droit à un procès équitable, étant donné que les requérants ne pouvaient démontrer que l'usage de la langue anglaise dans le cadre des procédures judiciaires les avait affectés de manière négative. Cette position laisse donc entendre que le droit de se faire assister d'un interprète durant un procès ne s'étend pas au cas où la langue utilisée n'est simplement pas la langue maternelle de la victime présumée. Pour que ce droit soit reconnu, il faut que la victime ne comprenne pas suffisamment ou ne parle pas la langue employée à l'audience. Le Comité des droits de l'homme a estimé, par ailleurs, que la position officielle de l'État interdisant toute communication dans une langue autre que la langue officielle (l'anglais) constituait une violation du droit de tout individu à l'égalité devant la loi, sur le fondement de la langue. Quoiqu'un État ait la faculté de choisir sa

²³⁴ Comité des droits de l'homme, communication n° 760/1997, *Diergaardt et autres c. Namibie*, 6 septembre 2000.

langue officielle, il doit néanmoins autoriser ses fonctionnaires à répondre dans d'autres langues lorsqu'ils ont les compétences pour le faire.

4.10. L'origine sociale, la naissance et la fortune

Ces trois motifs peuvent être considérés comme liés entre eux, dans la mesure où ils se réfèrent tous trois à un statut conféré à un individu en vertu d'un patrimoine social, économique ou biologique dont il a hérité²³⁵. Ils peuvent, de ce fait, également être associés à la race et à l'origine ethnique. À l'exception des cas de discrimination fondée sur la « naissance », la CouEDH a rarement — pour ne pas dire jamais — été saisie d'affaires ayant trait à ces caractéristiques.

Exemple : dans l'affaire *Mazurek c. France*, le requérant, né en dehors des liens du mariage, se plaignait que le droit national l'empêchait, en tant qu'enfant « adultérin », de prétendre à plus d'un quart de la succession de sa mère²³⁶. La CouEDH a estimé que seules de « très fortes raisons » pourraient justifier une différence de traitement fondée uniquement sur la naissance hors mariage. En effet, bien que la protection de la famille traditionnelle constitue un objectif légitime, celui-ci ne peut être atteint en pénalisant des enfants, qui ne sont pas responsables des circonstances de leur naissance.

Exemple : dans l'affaire *Chassagnou et autres c. France*, les requérants se plaignaient de ne pouvoir utiliser leurs terres à leur gré²³⁷. Dans certaines régions du pays, la législation imposait aux petits propriétaires terriens de concéder au domaine public un droit de chasse sur leurs terres, alors que les grands propriétaires terriens n'étaient pas soumis à cette obligation et pouvaient utiliser leurs terres comme bon leur semblait. Les requérants voulaient interdire la chasse sur leurs terres et consacrer celles-ci à la préservation des animaux sauvages. La

235 Les motifs d'origine sociale, de naissance et de fortune figurent aussi à l'article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (que tous les États membres de l'Union européenne ont ratifié). Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 20, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, doc. NU E/C.12/GC/20, 10 juin 2009, points 24 à 26 et 35.

236 *Mazurek c. France*, n° 34406/97, CouEDH, 1^{er} février 2000.

237 *Chassagnou et autres c. France*, n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CouEDH, 29 avril 1999.

CouEDH a considéré que cette situation constituait une discrimination fondée sur la fortune.

Les caractéristiques que constituent la naissance et la fortune sont aussi visées à l'article 2, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966). Dans son observation générale n° 20, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, chargé de veiller à l'interprétation et au respect des dispositions du Pacte, a expliqué de manière détaillée la signification qu'il convient de leur donner.

De l'avis du Comité, l'« origine sociale », la « naissance » et la « fortune » sont trois caractéristiques interconnectées. L'origine sociale « renvoie à la position sociale héréditaire d'une personne ». Elle peut se référer à la position acquise du simple fait d'être né dans une classe sociale ou une communauté particulière (par exemple, une communauté ayant pour fondement l'origine ethnique, la religion ou l'idéologie), ou à la situation sociale d'une personne (pauvre ou sans abri, par exemple). La caractéristique de la naissance peut renvoyer, quant à elle, au statut d'une personne née hors mariage ou adoptée. Enfin, la caractéristique de la fortune peut se rapporter au statut d'une personne relativement à des biens immobiliers (qualité de locataire, de propriétaire ou d'occupant illégal) ou à d'autres biens²³⁸.

4.11. Les opinions politiques ou autres

La CEDH cite expressément les « opinions politiques ou toutes autres opinions » parmi les motifs de discrimination qu'elle prohibe, alors que les Directives de l'Union européenne relatives à la non-discrimination n'en font pas explicitement mention. Il est vraisemblable que des croyances particulières ne satisfaisant pas aux critères requis pour qu'on les considère comme une « religion » ou des « convictions » puissent néanmoins bénéficier de la protection à ce titre. La CouEDH a rarement eu à se prononcer sur des affaires liées à cette notion. Comme c'est le cas également d'autres aspects couverts par la CEDH, les « opinions politiques ou toutes autres opinions » sont protégées, en tant que telles, dans le cadre du droit à la liberté d'expression consacré par l'article 10. L'examen de la jurisprudence dans ce domaine permet de mieux cerner ce que l'interdiction de la discrimination pour ce motif peut recouvrir. Lorsqu'une personne estime avoir fait l'objet d'une différence de traitement

²³⁸ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 20, *La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels*, doc. NU E/C.12/GC/20, 10 juin 2009, points 24 à 26 et 35.

en raison de ses opinions politiques ou autres, il y a de fortes chances, en pratique, pour que la CouEDH se limite à examiner ses griefs au regard de l'article 10.

D'une façon générale, la CouEDH a établi, dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, que le droit à la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »²³⁹. Bien que la jurisprudence à cet égard soit extrêmement vaste, nous nous bornerons ici à montrer, à l'aide de deux affaires, comment les opinions politiques peuvent jouir d'une protection plus élevée que d'autres types d'opinions.

Exemple : dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, les requérants étaient des militants qui avaient distribué des tracts contenant des allégations fausses sur la société McDonald's²⁴⁰. Cette dernière avait poursuivi les intéressés en diffamation devant les juridictions nationales. La CouEDH a estimé que l'action en diffamation constituait une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, mais qu'elle poursuivait le but légitime de protéger la réputation d'autrui. Elle a considéré cependant que la liberté d'expression sur des sujets d'intérêt général devait être protégée et que l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression des requérants était disproportionnée, compte tenu du fait que McDonald's était une puissante société commerciale qui n'avait pas établi avoir subi une perte financière en raison de la publication du tract en quelques milliers d'exemplaires, et que le montant des dommages-intérêts réclamés aux requérants était relativement élevé par rapport à leurs revenus.

Exemple : l'affaire *Castells c. Espagne* concernait un député du Parlement espagnol qui avait été poursuivi pour « injures » au gouvernement, dont il avait critiqué l'inaction face aux actes de terrorisme perpétrés au Pays basque²⁴¹. La CouEDH a mis l'accent sur l'importance de la liberté d'expression dans un contexte politique, compte tenu notamment du rôle majeur que celle-ci joue dans le fonctionnement correct d'une société démocratique. Elle a précisé, à cet égard, que toute ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression devait faire l'objet d'un « contrôle des plus stricts ».

239 *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, CouEDH, 7 décembre 1976.

240 *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CouEDH, 15 février 2005.

241 *Castells c. Espagne*, n° 11798/85, CouEDH, 23 avril 1992.

4.12. « Toute autre situation »

Comme nous l'avons vu *supra*, la CouEDH a analysé comme relevant de la catégorie « toute autre situation » une série de caractéristiques, dont beaucoup coïncident avec celles définies par le droit de l'UE, tels l'orientation sexuelle, l'âge et le handicap.

Outre le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, la CouEDH a aussi reconnu que les caractéristiques suivantes sont couvertes par les termes « toute autre situation » et jouissent à ce titre d'une protection : la paternité²⁴² ; l'état civil²⁴³ ; l'appartenance à une organisation²⁴⁴ ; le grade militaire²⁴⁵ ; la condition de parent d'un enfant né hors mariage²⁴⁶ ; le lieu de résidence²⁴⁷.

Exemple : l'affaire *Petrov c. Bulgarie* concernait une pratique en vigueur dans une prison qui consistait à autoriser les détenus mariés à téléphoner deux fois par mois à leur conjoint. Le requérant avait vécu avec sa partenaire durant quatre ans et avait eu un enfant avec elle avant d'être incarcéré. La CouEDH a estimé que, bien que le mariage conférât un statut spécial, le requérant — qui avait établi une famille avec une partenaire stable — se trouvait dans une situation comparable aux couples mariés du point de vue des règles relatives aux communications téléphoniques. Elle a déclaré que « si les États contractants peuvent disposer d'une certaine marge d'appréciation pour traiter différemment les couples mariés et non mariés dans les domaines, par exemple, de la fiscalité, de la sécurité sociale ou de la politique sociale [...], il n'est pas aisé de déterminer pourquoi des partenaires mariés et non mariés, dont la vie familiale est dûment établie, doivent être traités de manière différenciée en ce qui concerne la possibilité de maintenir le contact par téléphone, tandis que l'un des partenaires est en détention ». Elle a conclu que cette discrimination était injustifiée.

242 *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05, CouEDH, 31 mars 2009.

243 *Petrov c. Bulgarie*, n° 15197/02, CouEDH, 22 mai 2008.

244 *Danilenkov et autres c. Russie*, n° 67336/01, CouEDH, 30 juillet 2009 (syndicat) ; *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n° 2)*, n° 26740/02, CouEDH, 31 mai 2007.

245 *Engel et autres c. Pays-Bas*, nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, CouEDH, 8 juin 1976.

246 *Sommerfeld c. Allemagne* [GC], n° 31871/96, CouEDH, 8 juillet 2003 ; *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, CouEDH, 8 juillet 2003.

247 *Carson et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 42184/05, CouEDH, 16 mars 2010.

Points clés

- Aux termes des Directives de l'UE relatives à la non-discrimination, les caractéristiques expressément protégées sont les suivantes : le sexe, la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions, et l'orientation sexuelle. La CEDH établit, quant à elle, une liste non exhaustive de caractéristiques protégées, qui peut être complétée au cas par cas.
- Dans le contexte du droit de l'UE, la notion de sexe peut inclure, dans une certaine mesure, l'identité de genre et protéger ainsi les personnes qui ont l'intention de subir ou ont subi une opération de conversion sexuelle. La CouEDH a aussi été amenée à se prononcer sur des affaires relatives à l'identité de genre.
- Dans le contexte de la CEDH, certains éléments tels que la couleur, l'ascendance, la nationalité, la langue ou la religion sont considérés comme relevant des caractéristiques protégées que sont la race ou l'origine ethnique. En revanche, il demeure nécessaire que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne apporte des précisions complémentaires sur la portée effective de la protection accordée à ces caractéristiques par le droit de l'UE.
- Tandis que la discrimination fondée sur la nationalité est explicitement prohibée par la CEDH, elle n'est interdite par le droit de l'UE que dans le cadre de la législation sur la libre circulation des personnes.
- Le terme « religion » doit être interprété de façon large et ne doit pas être compris comme se limitant aux religions traditionnelles organisées ou bien établies.
- Même dans les affaires où l'existence d'un cas de discrimination peut être établie, il est fréquent que la CouEDH examine les griefs sur la seule base des droits matériels consacrés par la CEDH. Cette pratique permet parfois d'éviter de devoir prouver l'existence d'une différence de traitement ou de devoir trouver un élément de comparaison.

Lectures complémentaires

Boza Martínez, « Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad », *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* n°7, 2005.

Breen, C., *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* [Discrimination fondée sur l'âge et droits des enfants : garantir l'égalité et admettre la différence], Martinus Nijhoff, Leiden, 2006.

Bribosia, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *20 Revue trimestrielle des droits de l'homme* n°78, 2009, pp. 319-373.

Cano Palomares, « La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos », Human Rights Institute of Catalonia, Barcelona, 2007, pp. 35-57.

Demaret, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité : l'arrêt E.B. contre France », *Journal des tribunaux*, n° 6343, 2009, pp. 145-149.

Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas* [Manuel relatif au port de symboles religieux dans les lieux publics], Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009.

Flauss, « L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme : petit exercice de simulation contentieuse », *Recueil Dalloz* n° 8, 2010, pp. 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* [La non-discrimination dans le droit international], Interights, Londres, 2005, chapitre 5.

Johnson, P., « An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights » [Une manifestation de la personnalité humaine essentiellement privée : interprétations de l'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme], *Human Rights Law Review*, 2010, p. 67 à 97.

Kastanas, « La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Auer, Flückiger, Hottelier (ed.), *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2007, pp. 197-218.

Landau, E.C., et Beigbeder, Y., « From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work » [Des normes de l'OIT au droit de l'Union européenne : le cas de l'égalité entre les hommes et les femmes au travail], *European Journal of International Law*, 2008, p. 264 à 267.

Laskowski, « Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird », *Kritische Justiz*, 2003, pp. 420-444.

Lawson, A., « The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn? » [La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées : nouvelle ère ou faux espoirs ?], *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n° 34, 2007, p. 563.

Mackay, D., « The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities » [La Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées], *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n° 34, 2007, p. 323.

Pettiti, « L'égalité entre époux », in Krenc, Puéchavy (éds), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles et Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris, Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2008, pp. 29-46.

Presno Linera, « La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales », *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n°1, 2008.

Rudyk, A., « A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement » [Une marée montante : la transformation de la discrimination fondée sur le sexe en discrimination fondée sur le genre et son impact sur l'application du droit], *International Journal of Human Rights*, 2010, p. 189 à 214.

Shuibne, N.N., « Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality : Missing or in Action? » [L'article 13 CE et l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité : oubliée ou appliquée dans les faits ?], in Costello, C., et Barry, E. (éds), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* [L'égalité dans la diversité : les nouvelles directives en matière d'égalité], Irish Centre for European Law, 2003.

Thürer et Dold, « Rassismus und Rule of Law/Erstmalige Verurteilung wegen Rassen-diskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2005, pp. 1-12.

Tulkens, « Droits de l'homme, droits des femmes : les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in Caflisch (*et al.*) *Liber amicorum Luzius Wildhaber : human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, Va. : N.P. Engel, Kehl/Strasbourg, Arlington, 2007, pp. 423-445.

5

Les questions de preuve dans le droit de la non-discrimination

5.1. Introduction

La discrimination se manifeste rarement de manière ouverte et aisément identifiable. Dès lors, il se révèle souvent difficile de prouver un cas de discrimination directe, même si, par définition, la différence de traitement se fonde « ouvertement » sur une caractéristique de la victime. Comme nous l'avons vu au chapitre 2, il est fréquent que le motif de la différence de traitement ne soit pas exprimé ou qu'il soit superficiellement lié à un autre facteur (c'est le cas, par exemple, des prestations dont l'octroi est soumis à la condition que la personne soit retraitée et qui sont, en conséquence, liées à l'âge, qui fait partie des caractéristiques protégées). Les cas où des individus admettent ouvertement qu'une différence de traitement partiquée par eux se fonde sur une caractéristique protégée sont ainsi assez rares. L'affaire *Feryn* fait néanmoins exception à cette règle : dans cette affaire, le propriétaire d'une société établie en Belgique avait déclaré, oralement et dans la presse écrite, qu'il ne voulait pas recruter des personnes « allochtones »²⁴⁸. La CJCE a constaté qu'il s'agissait là d'un cas manifeste de discrimination directe fondée sur la race ou l'origine ethnique. Cela étant, les auteurs n'avouent pas toujours qu'ils traitent une personne de façon moins favorable que d'autres, pas plus qu'ils n'indiquent les raisons motivant cette différence de traitement. Prenons l'exemple d'une femme dont la candidature à un emploi est refusée, avec comme seule explication qu'elle est « moins qualifiée » que le candidat masculin auquel le poste a été attribué. En pareille situation, il sera sans doute difficile à cette femme de prouver qu'elle a été victime d'une discrimination directe en raison de son sexe.

²⁴⁸ Arrêt de la CJCE du 10 juillet 2008 dans l'affaire C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Recueil 2008, p. I-5187.

Afin de remédier à la difficulté de prouver qu'une différence de traitement se fonde sur une caractéristique protégée, le droit européen de la non-discrimination autorise le partage de la charge de la preuve : dès lors que le requérant peut présenter des faits permettant d'établir une présomption de discrimination, la charge de la preuve incombe à l'auteur des faits, qui est alors tenu de démontrer le contraire. Ce changement en matière de charge de la preuve se révèle particulièrement utile dans le cas de griefs de discrimination indirecte, pour lesquels le requérant doit prouver que des dispositions ou pratiques particulières ont un impact disproportionné sur un groupe de personnes déterminé. Pour faire naître une présomption de discrimination indirecte, le requérant aura peut-être besoin de s'appuyer sur des données statistiques aptes à lui permettre de démontrer une ligne de conduite générale révélant une différence de traitement. Certaines juridictions nationales acceptent aussi la production de preuves recueillies lors de « tests de situation ».

5.2. Le partage de la charge de la preuve

Il appartient, en principe, à la personne qui soulève un grief de discrimination de convaincre la juridiction saisie de l'existence d'une discrimination. Elle risque toutefois de se heurter à des difficultés considérables pour prouver que le traitement différencié qui lui a été réservé se fondait sur une caractéristique protégée particulière. Ces difficultés s'expliquent par le fait que le motif sous-jacent à une différence de traitement n'existe souvent que dans l'esprit de l'auteur des faits. Il s'ensuit que les allégations de discrimination reposent, dans la majorité des cas, sur des déductions objectives concernant la disposition ou la pratique incriminée. Autrement dit, il convient de convaincre la juridiction saisie que la seule raison pouvant raisonnablement expliquer la différence de traitement réside dans une caractéristique protégée que présente la victime, tels le sexe ou la race. Ce principe s'applique de la même manière qu'il s'agisse de discrimination directe ou de discrimination indirecte.

Partage de la charge de la preuve : le requérant doit présenter des éléments de preuve établissant l'existence d'un traitement discriminatoire. Ces éléments de preuve feront naître une présomption de discrimination, que l'auteur présumé devra ensuite réfuter.

Dès lors que la personne à qui on reproche une attitude discriminatoire détient les informations requises pour prouver le bien-fondé de l'allégation de discrimination, le droit de la non-discrimination autorise le partage de la charge de la preuve

avec elle. Le principe du partage de la charge de la preuve est bien ancré dans le droit de l'UE et de la CEDH²⁴⁹.

Cette technique se reflète dans la jurisprudence de la CouEDH qui, comme cela se fait dans d'autres mécanismes régionaux et internationaux de protection des droits de l'homme, applique le partage de la charge de la preuve d'une manière plus générale, aux fins de l'administration de la preuve dans le cadre des griefs de violation des droits de l'homme. L'approche de la CouEDH consiste à examiner les éléments de preuve disponibles dans leur globalité, en considération du fait que l'État contrôle souvent une grande partie des informations requises pour étayer une allégation. Dès lors, si les faits présentés par le requérant apparaissent crédibles et concordent avec les preuves disponibles, la CouEDH les considère comme établis si l'État n'est pas en mesure de fournir une explication contraire convaincante. La CouEDH adopte à cet égard les conclusions qui, à son avis,

« se trouvent étayées par une évaluation indépendante de l'ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu'elle peut tirer des faits et des observations des parties. [...] [L]a preuve peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l'allégation formulée et au droit conventionnel en jeu. »²⁵⁰

Exemple : dans l'affaire *Timichev c. Russie*, le requérant alléguait que l'entrée sur le territoire d'une région lui avait été refusée à un poste de contrôle en raison de son origine tchéchène²⁵¹. La CouEDH a considéré que cette allégation était corroborée par des documents officiels qui faisaient état de la présence,

249 Outre les affaires mentionnées ci-après, voir la Directive sur l'égalité raciale (article 8), la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (article 10), la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) (article 19) et la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services (article 9). Voir aussi la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux: *Syndicat SUD Travail Affaires Sociales c. France* (réclamation n° 24/2004), 8 novembre 2005, et *Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. Bulgarie* (réclamation n° 41/2007), 3 juin 2008.

250 *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n°s 43577/98 et 43579/98, § 147, CouEDH, 6 juillet 2005. La CouEDH s'est exprimée en ces mêmes termes dans les affaires suivantes: *Timichev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, § 39, CouEDH, 13 décembre 2005 ; *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 178, CouEDH, 13 novembre 2007.

251 *Timichev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, § 40 à 44, CouEDH, 13 décembre 2005.

à ce poste de contrôle, de policiers chargés de restreindre le passage des voyageurs d'origine tchétchène. Elle a estimé, de surcroît, que l'explication fournie par l'État n'était pas convaincante, du fait des incohérences relevées dans sa déclaration selon laquelle la victime était partie de son propre chef, après que les policiers eurent refusé de lui accorder la priorité dans la file. Elle a conclu, dès lors, que le requérant avait subi une discrimination fondée sur son origine ethnique.

Exemple : dans l'affaire *Brunnhofer*, la requérante alléguait avoir été victime d'une discrimination fondée sur le sexe car sa rémunération était inférieure à celle d'un collègue masculin situé sur le même échelon de rémunération²⁵². La CJCE a rappelé qu'il incombait à la requérante de prouver, en premier lieu, que sa rémunération était inférieure à celle de son collègue masculin et, en second lieu, que le travail qu'elle accomplissait était de même valeur. Elle a indiqué que la production d'éléments probants à cet égard suffirait à faire naître la présomption selon laquelle la différence de traitement ne pouvait s'expliquer qu'en référence au sexe de la requérante. Il appartiendrait ensuite à l'employeur de réfuter cette présomption.

Il importe de ne pas perdre de vue les deux éléments suivants. Premièrement, il appartient au droit national de déterminer les types de preuves pouvant être produits devant les juridictions nationales. Or les règles de recevabilité à cet égard peuvent se révéler plus strictes que celles fixées par la CouEDH ou par la CJCE. Deuxièmement, la règle relative à l'inversion de la charge de la preuve ne s'applique pas, en principe, aux affaires pénales dans lesquelles l'État poursuit l'auteur d'un crime motivé par un préjugé racial (« crime haineux »). Cela s'explique, d'une part, par le fait qu'un degré de preuve plus élevé est nécessaire pour établir la responsabilité pénale et, d'autre part, par le fait qu'il serait difficile de demander à l'auteur des faits de prouver que son crime n'était pas inspiré par la haine, dans la mesure où cet élément est entièrement subjectif²⁵³.

252 Arrêt de la CJCE du 26 juin 2001 dans l'affaire C-381/99, *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Recueil 2001, p. I-4961, points 51 à 62.

253 Pour plus d'informations sur l'approche de la CouEDH en matière d'inversion de la charge de la preuve dans le cadre de violences racistes, voir *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n° 43577/98 et 43579/98, § 144 à 159, CouEDH, 6 juillet 2005. La législation de l'Union européenne en matière de non-discrimination ne requiert pas l'application de l'inversion de la charge de la preuve dans les affaires pénales.

L'auteur présumé peut réfuter la présomption de deux façons : il peut soit prouver que le requérant ne se trouve pas, en réalité, dans une situation similaire ou comparable à la personne ou au groupe de personnes servant d'« élément de comparaison » (voir le point 2.2.2. ci-dessus), soit démontrer que la différence de traitement ne se fonde pas sur la caractéristique protégée invoquée par le requérant, mais sur d'autres différences objectives (voir le point 2.6. ci-dessus). Si l'auteur présumé ne peut produire aucun élément apte à réfuter la présomption, le seul moyen de défense qu'il lui reste consiste à montrer que la différence de traitement critiquée constitue en réalité une mesure objectivement justifiée et proportionnée.

Exemple : dans l'affaire *Brunnhöfer*, la CJCE a fourni quelques indications quant à la manière dont l'employeur mis en cause pouvait réfuter la présomption de discrimination. En premier lieu, il pouvait tenter de démontrer que la requérante et son collègue masculin n'étaient pas dans une situation comparable, le travail effectué par eux n'étant pas de valeur égale, ce qui pouvait être le cas si leurs fonctions respectives comportaient des tâches de nature fondamentalement différente. En second lieu, l'employeur pouvait démontrer que des facteurs objectifs, non liés au sexe, expliquaient la différence de paiement. Ce pouvait être le cas, par exemple, si la rémunération de l'employé masculin était complétée par des indemnités de déplacement censées compenser le fait qu'il avait une longue distance à parcourir pour venir travailler et qu'il devait loger dans un hôtel durant la semaine de travail.

Exemple : dans l'affaire *Feryn*, la CJCE a considéré que les déclarations formulées oralement et dans la presse écrite par le directeur d'une société faisaient naître une présomption de discrimination directe. Elle a précisé cependant que l'auteur présumé pouvait réfuter cette présomption s'il parvenait à prouver que ses pratiques de recrutement n'induisaient en réalité aucune différence dans la manière dont les candidats non blancs étaient traités, en montrant par exemple que des candidats non blancs étaient, de fait, régulièrement engagés.

5.2.1. Les facteurs ne nécessitant pas d'être prouvés

Certaines questions de fait que posent souvent les cas de discrimination, telle celle de l'existence de préjugés ou d'une intention de discriminer, ne revêtent pas une réelle pertinence pour déterminer si le critère juridique de l'existence d'une discrimination est satisfait. La seule chose qu'il faille prouver dans un cas de discrimination, c'est la réalité d'une différence de traitement fondée sur une caractéristique

protégée et pour laquelle aucune justification ne peut être retenue. En d'autres termes, il n'est donc pas nécessaire, pour démontrer le bien-fondé d'une allégation de discrimination, de fournir la preuve des divers éléments secondaires entourant les situations incriminées.

Premièrement, il n'est nul besoin de prouver que la discrimination alléguée repose sur des préjugés. Ainsi, il n'est pas nécessaire de prouver que l'auteur a des opinions « racistes » ou « sexistes » pour démontrer l'existence d'un cas de discrimination fondée sur la race ou le sexe. En règle générale, le droit ne peut pas régir la manière de penser d'une personne, dans la mesure où celle-ci relève de son for intérieur ; il peut uniquement régir les actes par lesquels cette manière de penser peut se manifester.

Exemple : dans l'affaire *Feryn*, le propriétaire de la société défenderesse prétendait appliquer la règle incriminée parce que ses clients (et non lui-même) ne voulaient que des personnes de nationalité belge et de couleur blanche pour effectuer le travail. La CJCE a considéré que cet argument n'était pas pertinent pour établir s'il y avait eu ou non discrimination. En principe, on n'a pas à prouver un motif de discrimination, à moins qu'il ne s'agisse de prouver qu'un « crime haineux » a été perpétré, le droit pénal imposant des « seuils de preuve » plus élevés.

Deuxièmement, il n'est pas nécessaire non plus de démontrer que la disposition ou pratique litigieuse a pour but d'instaurer une différence de traitement. Il s'ensuit que, même si une administration publique ou un particulier met en avant une intention louable ou sa bonne foi concernant la pratique incriminée, celle-ci sera considérée comme discriminatoire si elle a pour effet de créer un désavantage pour un groupe particulier.

Exemple : dans l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque*, précitée, le gouvernement faisait valoir que le système de classes « spéciales » avait été établi afin de faciliter la scolarisation des enfants roms, en les aidant à surmonter les barrières linguistiques et en remédiant à l'absence de préscolarisation²⁵⁴. Néanmoins, la CouEDH a estimé que la question de savoir si la pratique litigieuse visait ou non les enfants roms était dénuée de pertinence. Pour établir la discrimination, il convenait de prouver que la pratique avait

²⁵⁴ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 79, CouEDH, 13 novembre 2007.

des effets préjudiciables et disproportionnés sur ce groupe d'enfants, en comparaison avec la population majoritaire, et non qu'elle résultait d'une quelconque intention discriminatoire²⁵⁵.

Troisièmement, la CJCE a précisé, dans le cadre d'une affaire de discrimination raciale, qu'il n'était nul besoin de prouver l'existence réelle d'une victime identifiable ; on peut présumer que ce principe s'applique de la même manière à des cas de discrimination fondée sur d'autres motifs et dont les circonstances sont similaires. Si le droit de l'UE ne fixe aucune exigence quant à l'existence d'une victime identifiable, cet élément est au contraire indispensable pour pouvoir saisir la CouEDH d'une requête. Faute de victime identifiable, la requête sera considérée comme ne respectant pas les conditions de recevabilité définies par l'article 34 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Feryn*, il n'était pas possible de démontrer que quelqu'un avait cherché à obtenir un emploi et avait essuyé un refus, ou de trouver quelqu'un disant avoir renoncé à poser sa candidature à un emploi sur la base des déclarations parues dans la presse. En d'autres termes, il n'y avait pas de victime « identifiable », et la requête avait été formée par le centre de l'égalité des chances de Belgique. La CJCE a toutefois indiqué que l'existence d'une discrimination ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime de discrimination. En effet, il était clair, à la lecture du libellé de l'annonce, que celle-ci ne pouvait que dissuader les « non-blancs » de poser leur candidature car ils savaient à l'avance qu'ils n'avaient aucune chance d'être recrutés. Ce principe devrait donc permettre de prouver le caractère discriminatoire d'une législation ou de mesures particulières sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence effective d'une victime.

Exemple : dans les affaires concernant des « tests de situation » (mentionnées ci-après), il arrive fréquemment que les personnes sachent qu'elles vont être traitées de manière moins favorable, ou tout au moins s'y attendent. Leur objectif principal n'est pas, en réalité, d'accéder au service en question, mais de collecter des éléments de preuve. Autrement dit, ces personnes ne sont pas, à proprement parler, des « victimes ». Leur préoccupation est de veiller au respect de la loi, plutôt que de réclamer des dommages-intérêts pour un quelconque préjudice. Ainsi, dans une affaire concernant des tests de situation

255 Ibid., § 175 et 184.

auxquels se livrait un groupe d'étudiants en droit dans des boîtes de nuit et des restaurants, la Cour suprême suédoise a dit pour droit que les personnes qui avaient participé aux tests pouvaient toujours engager une action pour traitement discriminatoire. Cependant, les dommages-intérêts qui pourraient leur être octroyés seraient réduits de manière à refléter le fait qu'elles n'avaient pas été privées de quelque chose qu'elles désiraient réellement (en l'occurrence, l'entrée dans des établissements particuliers)²⁵⁶.

5.3. Le rôle des statistiques et autres données

Les données statistiques peuvent fournir au requérant une aide précieuse pour faire naître une présomption de discrimination. En particulier, elles se révèlent très utiles pour prouver un cas de discrimination indirecte car, dans ce genre de situation, les dispositions ou pratiques en cause semblent neutres à première vue. En pareil cas, il convient de se concentrer sur les effets de ces dispositions ou pratiques pour démontrer que celles-ci désavantagent, de manière disproportionnée, des groupes de personnes par rapport à d'autres se trouvant dans une situation analogue. La production de données statistiques va de pair avec l'inversion de la charge de la preuve : lorsque des données montrent, par exemple, que des femmes ou des personnes handicapées sont particulièrement désavantagées, il appartient à l'État de fournir une autre explication convaincante pour justifier les chiffres en question. La CouEDH a clairement énoncé ce principe dans l'affaire *Hoogendijk c. Pays-Bas*²⁵⁷ :

« [L]a Cour considère que, là où le requérant peut établir, sur la base des statistiques officielles qui ne prêtent pas à controverse, l'existence d'un commencement de preuve indiquant qu'une mesure — bien que formulée de manière neutre — touche en fait un pourcentage nettement plus élevé de femmes que d'hommes, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que cela est le résultat de facteurs objectifs qui ne sont pas liés à une discrimination fondée sur le sexe. »

²⁵⁶ Arrêt de la Cour suprême suédoise du 1^{er} octobre 2008 dans l'affaire T-2224-07, *Escape Bar restaurant c. Le Médiateur chargé de la lutte contre la discrimination ethnique*. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 365-1. Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 77.

²⁵⁷ *Hoogendijk c. Pays-Bas* (dec.), n° 58641/00, 6 janvier 2005.

Il apparaît que, lorsqu'elles se penchent sur des preuves statistiques, les juridictions n'exigent pas que celles-ci révèlent un déséquilibre minimum pour que l'existence d'un cas de discrimination indirecte puisse être admise. La CJCE précise néanmoins que le déséquilibre doit être substantiel. Dans ses conclusions dans l'affaire *Nolte*, l'avocat général Léger a présenté une synthèse de la jurisprudence de la CJCE et déclaré ce qui suit à propos de la discrimination fondée sur le sexe :

« Pour être jugée discriminatoire, la mesure doit affecter “un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d’hommes” [*Rinner-Kühn*²⁵⁸], “un pourcentage considérablement plus faible d’hommes que de femmes” [*Nimz*²⁵⁹ et *Kowalska*²⁶⁰] ou “un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d’hommes” [*De Weerd*²⁶¹].

Les affaires précitées suggèrent que la proportion de femmes affectées par la mesure doit être particulièrement marquée. Dans l'affaire Rinner-Kühn, la cour a conclu à l'existence d'un cas de discrimination, alors que le pourcentage de femmes s'élevait à 89 %. Il est dès lors probable, en l'espèce, que le chiffre de 60 % soit, en soi, tout à fait insuffisant pour qu'il puisse être conclu à l'existence d'une discrimination. »²⁶²

Exemple : dans l'affaire *Schönheit*, une employée à mi-temps alléguait être victime d'une discrimination fondée sur le sexe²⁶³. En raison d'éléments techniques relatifs au calcul des pensions, il apparaissait que les personnes ayant travaillé à temps partiel touchaient proportionnellement moins que les personnes ayant travaillé à temps plein. Or les statistiques produites montraient que 87,9 % des salariés à temps partiel étaient des femmes. Estimant que la mesure, quoique neutre, désavantageait de manière disproportionnée les femmes par rapport aux hommes, la CJCE a conclu qu'elle faisait naître une

258 Arrêt de la CJCE du 13 juillet 1989 dans l'affaire C-171/88, *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Recueil 1989, p. 2743.

259 Arrêt de la CJCE du 7 février 1991 dans l'affaire C-184/89, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Recueil 1991, p. I-297.

260 Arrêt de la CJCE du 27 juin 1990 dans l'affaire C-33/89, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Recueil 1990, p. I-2591.

261 Arrêt de la CJCE du 24 février 1994 dans l'affaire C-343/92, *M.A. Roks, épouse De Weerd e.a./Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a.*, Recueil 1994, p. I-571.

262 Conclusions de l'avocat général Léger du 31 mai 1995 dans l'affaire C-317/93, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Recueil 1995, p. I-4625, points 57 et 58.

263 Arrêt de la CJCE du 23 octobre 2003 dans les affaires jointes C-4/02 et C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main et Silvia Becker/Land Hessen*, Recueil 2003, p. I-12575.

présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe. De même, la CJCE a estimé, dans l'affaire *Gerster*, que la proportion de 87 % de femmes parmi les travailleurs à temps partiel affectés par une mesure les défavorisant était suffisante pour qu'il pût être conclu à un cas de discrimination²⁶⁴.

Exemple : l'affaire *Seymour-Smith* portait sur la législation du Royaume-Uni en matière de licenciement abusif, laquelle conférait une protection particulière aux personnes ayant travaillé durant une période ininterrompue d'au moins deux ans pour un même employeur²⁶⁵. La requérante alléguait que cette législation était constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe car les femmes étaient moins en mesure de remplir ce critère que les hommes. Cette affaire est intéressante en ce que la CJCE a suggéré à cette occasion qu'un niveau moindre de disproportion pouvait néanmoins suffire à démontrer l'existence d'un cas de discrimination indirecte « si les données statistiques révélaient un écart moins important mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui remplissent la condition de deux années d'emploi ». À la lumière des faits de l'espèce, la CJCE a indiqué, toutefois, que les statistiques produites — qui indiquaient que 77,4 % des hommes et 68,9 % des femmes remplissaient le critère en question — ne montraient pas que le pourcentage de femmes pouvant satisfaire à la règle susmentionnée fût considérablement plus faible.

Exemple : l'affaire *D.H. et autres c. République tchèque* avait pour objet des recours introduits par des parents roms qui se plaignaient de ce que, sur la base de leur origine ethnique rom, leurs enfants eussent été exclus du système d'enseignement général et placés dans des écoles « spéciales » destinées aux élèves ayant des difficultés de lecture²⁶⁶. Le placement des enfants roms dans des écoles « spéciales » était effectué sur la base de tests visant à évaluer leurs capacités intellectuelles. En dépit du caractère apparemment « neutre » de cette pratique, la nature de ces tests était telle qu'il était inévitablement plus difficile pour les enfants roms d'atteindre des résultats satisfaisants et d'entrer dans le système d'enseignement général. La CouEDH a constaté que les preuves statistiques produites confirmaient cette allégation, puisqu'elles mettaient en évidence la proportion particulièrement élevée d'enfants d'origine

264 Arrêt de la CJCE du 2 octobre 1997 dans l'affaire C-1/95, *Gerster c. Freistaat Bayern*, Recueil 1997, p. I-5253.

265 Arrêt de la CJCE du 9 février 1999 dans l'affaire C-167/97, *R c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith et Perez*, Recueil 1999, p. I-623.

266 *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, CouEDH, 13 novembre 2007.

rom placés dans des écoles « spéciales ». En effet, les données présentées par les requérants concernant leur propre région géographique indiquaient que 50 à 56 % des élèves des écoles spéciales étaient d'origine rom, alors qu'ils ne représentaient que 2 % environ de l'ensemble des élèves dans l'enseignement général. De plus, les données recueillies auprès de sources intergouvernementales tendaient à montrer que, sur l'ensemble du territoire tchèque, entre 50 et 90 % des enfants roms fréquentaient des écoles spéciales. La CouEDH a estimé que, même si le pourcentage exact restait difficile à établir, le nombre d'enfants roms affectés était « démesurément élevé » au regard de la composition de la population considérée dans son ensemble²⁶⁷.

Même si aucune donnée statistique ne peut être produite, il est possible de prouver qu'un groupe protégé est affecté de manière disproportionnée dès lors que les sources disponibles sont fiables et qu'elles étayent l'analyse avancée.

Exemple : l'affaire *Opuz c. Turquie* concernait un homme auteur de violences conjugales, qui avait brutalisé son épouse et la mère de celle-ci à plusieurs reprises et avait, en fin de compte, assassiné cette dernière²⁶⁸. La CouEDH a considéré que, dans cette affaire, l'État avait manqué à son devoir de protéger la requérante et sa mère contre tout traitement inhumain et dégradant, de même qu'à son obligation de protéger la vie de cette dernière. Elle a constaté également que l'État avait fait preuve de discrimination à l'égard de la requérante et de sa mère, puisque le défaut de protection adéquate se fondait sur le fait qu'elles étaient des femmes. Pour parvenir à cette conclusion, la CouEDH s'est basée sur des éléments de preuve montrant que les victimes de violence domestique étaient majoritairement des femmes, ainsi que sur des chiffres révélant que les juridictions nationales n'avaient guère fait usage des pouvoirs qui leur étaient conférés pour rendre des ordonnances destinées à protéger les personnes victimes de violences au sein de leur foyer. Il est intéressant d'observer que, dans cette affaire, aucune statistique n'avait été présentée à la CouEDH pour étayer l'allégation que les victimes de violence domestique étaient majoritairement des femmes ; de fait, la CouEDH a noté qu'il n'existait, selon Amnesty International, aucune donnée fiable pouvant être produite à cette fin. Cependant, la CouEDH s'est dite prête à adhérer au point de vue d'Amnesty International,

267 *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n° 57325/00, § 18 et 196 à 201, CouEDH, 13 novembre 2007.

268 *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, CouEDH, 9 juin 2009.

organisation non gouvernementale jouissant d'une bonne réputation au niveau national, et du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes selon lequel la violence contre les femmes constituait un problème important en Turquie.

Il convient d'observer qu'il n'est pas toujours indispensable de disposer de données statistiques pour établir l'existence de cas de discrimination indirecte. La question de savoir s'il est ou non nécessaire de produire des statistiques pour étayer le bien-fondé d'un grief dépend des faits de l'espèce. En particulier, il peut être suffisant de fournir des preuves concernant les pratiques ou convictions d'autres personnes appartenant à la même catégorie protégée.

Exemple : dans l'affaire *Oršuš et autres c. Croatie*, certaines écoles avaient créé des classes où le programme scolaire était réduit par rapport à celui enseigné dans les classes normales. Les requérants alléguaient que ces classes contenaient un nombre disproportionné d'élèves roms et que le placement de ceux-ci dans les classes en question s'analysait en une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique. Le gouvernement prétendait que ces classes étaient constituées sur la base du niveau de compétence des élèves en croate et que dès qu'un élève avait acquis un niveau linguistique adéquat, il était transféré vers une classe de l'enseignement général. La CouEDH a considéré que, contrairement à ce qu'elle avait estimé dans l'affaire *D.H. et autres*, les statistiques ne suffisaient pas, à elles seules, à faire naître en l'espèce une présomption de discrimination. Dans une école, 44 % des élèves étaient roms et 73 % d'entre eux fréquentaient une classe réservée aux Roms. Dans une autre école, 10 % des élèves étaient roms et 36 % d'entre eux fréquentaient une classe réservée aux Roms. Ces chiffres confirmaient qu'il n'y avait pas de politique générale consistant à placer automatiquement les enfants roms dans des classes séparées. La CouEDH a toutefois souligné qu'une discrimination indirecte pouvait être prouvée sans l'aide de statistiques. Elle a observé, en effet, que le placement d'enfants dans des classes séparées en raison de leur maîtrise insuffisante de la langue croate était une mesure qui n'était appliquée qu'aux élèves roms, circonstance dont découlait une présomption de différence de traitement.²⁶⁹

Exemple : une affaire portée devant l'Avocat slovène du principe d'égalité concernait un employeur qui proposait à ses employés des repas contenant

²⁶⁹ *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03, § 152 et 153, CouEDH, 16 mars 2010.

souvent des produits dérivés de la viande ou de la graisse de porc. Un employé de confession musulmane avait sollicité une indemnité mensuelle pour acheter de la nourriture en conformité avec sa religion, mais l'employeur n'accordait une indemnité de nourriture qu'aux employés qui étaient en mesure de présenter un certificat médical indiquant qu'ils avaient besoin d'une nourriture particulière pour des raisons de santé²⁷⁰. Il s'agissait là d'un cas de discrimination indirecte, puisque cette pratique, neutre en apparence, avait une incidence fondamentalement négative sur les employés musulmans qui n'étaient pas autorisés à manger du porc. Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas nécessaire de fournir des preuves statistiques pour démontrer que la disposition litigieuse affectait négativement les musulmans, étant donné qu'il pouvait aisément être vérifié que les musulmans ne peuvent pas manger de porc en se référant aux documents relatifs à leurs pratiques religieuses.

Exemple : une affaire portée devant les juridictions britanniques concernait un employeur qui interdisait le port de bijoux (y compris pour des raisons religieuses) au-dessus de l'uniforme des employés²⁷¹. Une employée chrétienne soutenait que cette interdiction constituait une discrimination fondée sur la religion puisqu'elle n'était pas autorisée à porter une croix. Les juridictions successivement saisies se déclarèrent prêtes à admettre que cette mesure était constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur la religion s'il pouvait être prouvé que le port de la croix était une exigence imposée par la religion chrétienne. À cette fin, l'*Employment Tribunal* préféra s'adresser à des spécialistes des pratiques chrétiennes pour obtenir les éléments de preuve nécessaires, plutôt que de se fonder sur des données statistiques concernant le nombre de chrétiens portant des symboles religieux au travail.

270 Avocat du principe d'égalité (Slovénie), décision n° UEM-0921-1/2008-3 du 28 août 2008. Un résumé en anglais est disponible sur le portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA InfoPortal), sous le numéro d'affaire 364-1. Un résumé en français est disponible dans le numéro 8 (juillet 2009) de la *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination* du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, p. 74.

271 Arrêt de la *Court of Appeal* du Royaume-Uni du 12 février 2010 dans l'affaire *Eweida c. British Airways Plc* [2010] EWCA Civ. 80.

Points clés

- Le motif sous-jacent à un traitement moins favorable est dénué de pertinence ; seuls les effets revêtent de l'importance.
- En vertu du droit de l'UE, il n'est nul besoin d'établir l'existence d'une victime identifiable.
- La charge initiale de la preuve incombe au requérant, qui doit établir des éléments de preuve propres à étayer son allégation de discrimination.
- Le recours à des données statistiques peut contribuer à faire naître une présomption de discrimination.
- La charge de la preuve est alors transférée à l'auteur présumé, auquel il appartient de fournir des éléments de preuve démontrant que le traitement moins favorable ne se fondait pas sur l'une des caractéristiques protégées.
- Pour réfuter la présomption de discrimination, l'auteur présumé doit prouver soit que la victime n'est pas dans une situation analogue à celle de l'« élément de comparaison », soit que la différence de traitement se base sur un facteur objectif, non lié à la caractéristique protégée. Si l'auteur présumé ne parvient pas à réfuter la présomption, il peut toujours tenter de justifier la différence de traitement.

Lectures complémentaires

Bragoï, « La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur : CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007 », *L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique*, n° 25, 2008, pp. 18-19.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* [La stratégie du contentieux en matière de discrimination raciale en Europe : des principes à la pratique], Russell Press, Nottingham, 2004, chapitre 4 « Strategic Litigation in Practice » [La stratégie du contentieux à l'épreuve de la pratique].

Horizons Stratégiques, « La discrimination saisie sur le vif : le testing », n° 5, 2007 (périodique contenant un certain nombre d'articles sur les tests de situation, disponible à l'adresse suivante : www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm).

Interights, *Non-Discrimination in International Law* [La non-discrimination dans le droit international], Interights, Londres, 2005, chapitre 4 « Procedure: Making a Discrimination Claim » [Procédure : engager une action pour discrimination].

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, *Quantifier les discriminations. Collecte de données et droit européen sur l'égalité*, chapitre 3 « Le rôle des données dans la garantie du respect du droit relatif à l'égalité de traitement », Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2007.

Schiek, D., Waddington, L., et Bell, M. (éds), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* [Affaires, documentation et actes relatifs à la législation nationale, supranationale et internationale en matière de non-discrimination], Hart Publishing, Oxford, 2007, point 8.5.1.E « Situation testing » [Tests de situation].

Liste des affaires

Jurisprudence de la Cour internationale de justice

<i>Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), arrêt de la Cour internationale de justice du 6 avril 1955, CIJ Recueil 1955, p. 4, point 23.....</i>	124
--	-----

Jurisprudence de la Cour de justice européenne

<i>Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist, affaire C-407/98, Recueil 2000, p. I-5539.....</i>	45
<i>Allonby c. Accrington & Rossendale College, affaire C-256/01, Recueil 2004, p. I-873.....</i>	26
<i>Angelidaki e.a. c. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis, affaire C-378/07, Recueil 2009, p. I-3071.....</i>	91
<i>Anita Cristini (veuve de Eugenio Fiorini) c. SNCF, affaire 32/75, Recueil 1975, p. 1085.....</i>	83
<i>Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, affaire C-262/88, Recueil 1990, p. I-1889.....</i>	79
<i>Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz, affaire 170/84, Recueil 1986, p. 1607.....</i>	52
<i>Blaizot c. Université de Liège e.a., affaire 24/86, Recueil 1988, p. 379.....</i>	80
<i>Burton c. British Railways Board, affaire 19/81, Recueil 1982, p. 555.....</i>	78
<i>Casagrande c. Landeshauptstadt München, affaire 9/74, Recueil 1974, p. 773.....</i>	85

<i>Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding</i> c. <i>Firma Feryn NV</i> , affaire C-54/07, Recueil 2008, p. I-5187	143
<i>Chacón Navas c. Euresť Colectividades SA</i> , affaire C-13/05, Recueil 2006, p. I-6467	116
<i>Chen c. Secretary of State for the Home Department</i> , affaire C-200/02, Recueil 2004, p. I-9925	125
<i>Coleman c. Attridge Law et Steve Law</i> , affaire C-303/06, Recueil 2008, p. I-5603	31
<i>Commission c. Allemagne</i> , affaire 248/83, Recueil 1985, p. 1459	55
<i>Commission c. France</i> , affaire 318/86, Recueil 1988, p. 3559	55
<i>Commission c. France</i> , affaire C-35/97, Recueil 1998, p. I-5325	84
<i>Defrenne c. Sabena</i> , affaire 43/75, Recueil 1976, p. 455	104
<i>Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen</i> (<i>VJV-Centrum</i>) <i>Plus</i> , affaire C-177/88, Recueil 1990, p. I-3941	29
<i>Garland c. British Rail Engineering Limited</i> , affaire 12/81, Recueil 1982, p. 359	79
<i>Gerster c. Freistaat Bayern</i> , affaire C-1/95, Recueil 1997, p. I-5253	152
<i>Gravier c. Ville de Liège</i> , affaire 293/83, Recueil 1985, p. 593	79
<i>Groener c. Minister for Education</i> <i>and the Dublin Vocational Educational Committee</i> , affaire C-379/87, Recueil 1989, p. 3967	133
<i>Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main et Silvia Becker/Land Hessen</i> , affaires jointes C-4/02 et C-5/02, Recueil 2003, p. I-12575	33, 151
<i>Hill et Stapleton c. The Revenue Commissioners and Department of Finance</i> , affaire C-243/95, Recueil 1998, p. I-3739	105
<i>Hütter c. Technische Universität Graz</i> , affaire C-88/08, Recueil 2009, p. I-5325	62
<i>Jamstalldhetsombudsmannen c. Örebro Lans Landsting</i> , affaire C-236/98, Recueil 2000, p. I-2189	78
<i>Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i> , affaire 222/84, Recueil 1986, p. 1651	54
<i>K.B. c. NHS Pensions Agency</i> , affaire C-117/01, Recueil 2004, p. I-541	107
<i>Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen</i> , affaire C-450/93, Recueil 1995, p. I-3051	45

<i>Kohll c. Union des Caisses de Maladie,</i> affaire C-158/96, Recueil 1998, p. I-1931.....	87
<i>Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg,</i> affaire C-33/89, Recueil 1990, p. I-2591.....	35, 151
<i>Kreil c. Bundesrepublik Deutschland,</i> affaire C-285/98, Recueil 2000, p. I-69.....	58
<i>Lewen c. Denda,</i> affaire C-333/97, Recueil 1999, p. 7243.....	79
<i>Lommers c. Minister van Landbouw,</i> affaire C-476/99, Recueil 2002, p. I-2891.....	78
<i>Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern,</i> affaire C-207/98, Recueil 2000, p. I-549.....	56
<i>Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen,</i> affaire C-409/95, Recueil 1997, p. I-6363.....	45
<i>Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen,</i> affaire C-267/06, Recueil 2008, p. I-1757.....	30
<i>Matteucci c. Communauté Française de Belgique,</i> affaire 235/87, Recueil 1988, p. 5589.....	84
<i>Megner et Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz,</i> affaire C-444/93, Recueil 1995, p. I-4741.....	111
<i>Meyers c. Adjudication Officer,</i> affaire C-116/94, Recueil 1995, p. I-2131.....	76, 77
<i>Ministère public c. Even,</i> affaire 207/78, Recueil 1979, p. 2019.....	83
<i>Ministère public c. Mutsch,</i> affaire 137/84, Recueil 1985, p. 2681.....	84
<i>Müller Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij,</i> affaire C-385/99, Recueil 2003, p. I-4509.....	87
<i>Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg,</i> affaire C-184/89, Recueil 1991, p. I-29728.....	35, 151
<i>Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover,</i> affaire C-317/93, Recueil 1995, p. I-4625.....	35, 111, 151
<i>P. c. S et Cornwall County Council,</i> affaire C-13/94, Recueil 1996, p. I-2143.....	32
<i>Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA,</i> affaire C-411/05, Recueil 2007, p. I-8531.....	61, 78
<i>Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen,</i> affaire C-157/99, Recueil 2001, p. I-5473.....	87

<i>R c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith et Perez</i> , affaire C-167/97, Recueil 1999, p. I-62328.....	152
<i>Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg</i> , affaire 65/81, Recueil 1982, p. 33.....	84
<i>Richards c. Secretary of State for Work and Pensions</i> , affaire C-423/04, Recueil 2006, p. I-3585.....	27, 108
<i>Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung</i> , affaire C-171/88, Recueil 1989, p. 2743.....	35, 151
<i>Roks M.A., épouse De Weerd e.a. c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e.a.</i> , affaire C-343/92, Recueil 1994, p. I-571.....	35, 112, 151
<i>Sabbatini c. Parlement européen</i> , affaire 20/71, Recueil 1972, p. 345.....	79
<i>Sahlstedt e.a. c. Commission</i> , affaire C-362/06, Recueil 2009, p. I-2903.....	91
<i>Schnorbus c. Land Hessen</i> , affaire C-79/99, Recueil 2000, p. I-10997.....	77, 111
<i>Sirdar c. The Army Board et Secretary of State for Defence</i> , affaire C-273/97, Recueil 1999, p. I-7403.....	57
<i>Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG</i> , affaire C-381/99, Recueil 2001, p. I-4961.....	146
<i>Vassilakis e.a. c. Dimos Kerkyras</i> , affaire C-364/07, Recueil 2008, p. I-90.....	91
<i>Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd</i> , affaire C-32/93, Recueil 1994, p. I-3567.....	29

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

<i>Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni</i> , n ^{os} 9214/80, 9473/81 et 9474/81), CouEDH, 28 mai 1985.....	127
<i>Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique</i> , n ^{os} 1474/62 et autres, CouEDH, 23 juillet 1968.....	133
<i>Alujer Fernández et Caballero García c. Espagne</i> (déc.), n ^o 53072/99, CouEDH, 14 juin 2001.....	129
<i>Anakomba Yula c. Belgique</i> , n ^o 45413/07, CouEDH, 10 mars 2009.....	92, 126
<i>Andrejeva c. Lettonie</i> [GC], n ^o 55707/00, CouEDH, 18 février 2009.....	74, 85, 128
<i>Aziz c. Chypre</i> , n ^o 69949/01, CouEDH, 22 juin 2004.....	30
<i>Bączkowski et autres c. Pologne</i> , n ^o 1543/06, CouEDH, 3 mai 2007.....	40, 96
<i>Balsytė-Lideikienė c. Lituanie</i> , n ^o 72596/01, CouEDH, 4 novembre 2008.....	99
<i>Barrow c. Royaume-Uni</i> , n ^o 42735/02, CouEDH, 22 août 2006.....	111

<i>Bigaeva c. Grèce</i> , n° 26713/05, CouEDH, 28 mai 2009.....	81
<i>Bouamar c. Belgique</i> , n° 9106/80, CouEDH, 29 février 1988.....	100, 120
<i>Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie</i> , n° 72881/01, CouEDH, 5 octobre 2006.....	131
<i>Buckley c. Royaume-Uni</i> , n° 20348/92, CouEDH, 25 septembre 1996.....	88
<i>Burden c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 13378/05, CouEDH, 29 avril 2008.....	25, 27, 51
<i>C. c. Belgique</i> , n° 21794/93, CouEDH, 7 août 1996.....	127
<i>Campbell et Cosans c. Royaume-Uni</i> , n°s 7511/76 et 7743/76, CouEDH, 25 février 1982.....	132
<i>Carson et autres c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 42184/05, CouEDH, 16 mars 2010.....	25, 28, 74, 138
<i>Castells c. Espagne</i> , n° 11798/85, CouEDH, 23 avril 1992.....	97, 137
<i>Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France</i> [GC], n° 27417/95, CouEDH, 27 juin 2000.....	130
<i>Chahal c. Royaume-Uni</i> , n° 22414/93, CouEDH, 15 novembre 1996.....	127
<i>Chassagnou et autres c. France</i> , n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CouEDH, 29 avril 1999.....	135
<i>Christine Goodwin c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 28957/95, CouEDH, 11 juillet 2002.....	107
<i>D.G. c. Irlande</i> , n° 39474/98, CouEDH, 16 mai 2002.....	100, 120
<i>D.H. et autres c. République tchèque</i> [GC], n° 57325/00, CouEDH, 13 novembre 2007.....	25, 33, 34, 35, 86, 145, 148, 152
<i>Dahlab c. Suisse</i> (déc.), n° 42393/98, CouEDH, 15 février 2001.....	132
<i>Danilenkov et autres c. Russie</i> , n° 67336/01, CouEDH, 30 juillet 2009.....	81, 138
<i>Demir et Baykara c. Turquie</i> , n° 34503/97, CouEDH, 12 novembre 2008.....	81
<i>Đokić c. Bosnie-Herzégovine</i> , n° 6518/04, CouEDH, 27 mai 2010.....	90
<i>Dudgeon c. Royaume-Uni</i> , n° 7525/76, CouEDH, 22 octobre 1981.....	115
<i>E.B. c. France</i> [GC], n° 43546/02, CouEDH, 22 janvier 2008.....	73, 94, 114
<i>Église de scientologie de Moscou c. Russie</i> , n° 18147/02, CouEDH, 5 avril 2007.....	131
<i>Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova</i> , n° 45701/99, CouEDH, 13 décembre 2001.....	131
<i>Engel et autres c. Pays-Bas</i> , n°s 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, CouEDH, 8 juin 1976.....	138
<i>Féret c. Belgique</i> , n° 15615/07, CouEDH, 16 juillet 2009.....	99

<i>Fretté c. France</i> , n° 36515/97, CouEDH, 26 février 2002.....	114
<i>Gaygusuz c. Autriche</i> , n° 17371/90, CouEDH, 16 septembre 1996.....	27, 74, 85, 128
<i>Glor c. Suisse</i> , n° 13444/04, CouEDH, 30 avril 2009.....	117
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italie (n° 2)</i> , n° 26740/02, CouEDH, 31 mai 2007.....	138
<i>Handyside c. Royaume-Uni</i> , n° 5493/72, CouEDH, 7 décembre 1976.....	137
<i>Hassan et Tchaouch c. Bulgarie</i> [GC], n° 30985/96, CouEDH, 26 octobre 2000.....	131
<i>Hoogendijk c. Pays-Bas (déc.)</i> , n° 58641/00, CouEDH, 6 janvier 2005.....	24
<i>I. c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 25680/94, CouEDH, 11 juillet 2002.....	108
<i>K.H. et autres c. Slovaquie</i> , n° 32881/04, CouEDH, 28 avril 2009.....	85
<i>Karner c. Autriche</i> , n° 40016/98, CouEDH, 24 juillet 2003.....	115
<i>Köse et autres c. Turquie (déc.)</i> , n° 26625/02, CouEDH, 24 janvier 2006.....	132
<i>Koua Poirrez c. France</i> , n° 40892/98, CouEDH, 30 septembre 2003.....	74, 85, 129
<i>L. c. Lituanie</i> , n° 27527/03, CouEDH, 11 septembre 2007.....	108
<i>Le Pen c. France</i> , n° 18788/09, CouEDH, 20 avril 2010.....	99
<i>Loizidou c. Turquie</i> , n° 15318/89, CouEDH, 18 décembre 1996.....	68
<i>Luczak c. Pologne</i> , n° 77782/01, CouEDH, 27 novembre 2007.....	27
<i>Mazurek c. France</i> , n° 34406/97, CouEDH, 1 ^{er} février 2000.....	93, 95, 135
<i>Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie</i> , n° 71156/01, CouEDH, 3 mai 2007.....	98
<i>Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2)</i> , n ^{os} 41138/98 et 64320/01, CouEDH, 12 juillet 2005.....	89, 92
<i>Moustaquim c. Belgique</i> , n° 12313/86, CouEDH, 18 février 1991.....	26, 127
<i>Muñoz Díaz c. Espagne</i> , n° 49151/07, CouEDH, 8 décembre 2009.....	94
<i>Natchova et autres c. Bulgarie</i> [GC], n ^{os} 43577/98 et 43579/98, CouEDH, 6 juillet 2005.....	97, 98, 145
<i>Opuz c. Turquie</i> , n° 33401/02, CouEDH, 9 juin 2009.....	33, 99, 153
<i>Oršuš et autres c. Croatie</i> [GC], n° 15766/03, CouEDH, 16 mars 2010.....	86, 154

<i>Paraskeva Todorova c. Bulgarie</i> , n° 37193/07, CouEDH, 25 mars 2010	40, 92
<i>Parti socialiste et autres c. Turquie</i> , n° 21237/93, CouEDH, 25 mai 1998	97
<i>Pearson c. Royaume-Uni</i> , n° 8374/03, CouEDH, 22 août 2006.....	111
<i>Petrov c. Bulgarie</i> , n° 15197/02, CouEDH, 22 mai 2008	138
<i>Pretty c. Royaume-Uni</i> , n° 2346/02, CouEDH, 29 avril 2002.....	41, 118
<i>Price c. Royaume-Uni</i> , n° 33394/96, CouEDH, 10 juillet 2001.....	118
<i>Rasmussen c. Danemark</i> , n° 8777/79, CouEDH, 28 novembre 1984.....	93, 96
<i>S.L. c. Autriche</i> , n° 45330/99, CouEDH, 9 janvier 2003.....	114
<i>Sahin c. Allemagne</i> [GC], n° 30943/96, CouEDH, 8 juillet 2003.....	95, 138
<i>Schwizgebel c. Suisse</i> , n° 25762/07, CouEDH, 10 juin 2010.....	119
<i>Šečić c. Croatie</i> , n° 40116/02, CouEDH, 31 mai 2007	97
<i>Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine</i> [GC], n°s 27996/06 et 34836/06, CouEDH, 22 décembre 2009.....	123
<i>Sidabras et Džiautas c. Lituanie</i> , n°s 55480/00 et 59330/00, CouEDH, 27 juillet 2004.....	73, 81
<i>Stawomir Musiał c. Pologne</i> , n° 28300/06, CouEDH, 20 janvier 2009	85
<i>Smith et Grady c. Royaume-Uni</i> , n°s 33985/96 et 33986/96, CouEDH, 27 septembre 1999	90
<i>Sommerfeld c. Allemagne</i> [GC], n° 31871/96, CouEDH, 8 juillet 2003.....	72, 93, 95, 138
<i>Stec et autres c. Royaume-Uni</i> [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, CouEDH, 12 avril 2006.....	74, 110
<i>Steel et Morris c. Royaume-Uni</i> , n° 68416/01, CouEDH, 15 février 2005.....	137
<i>T. c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 24724/94, CouEDH, 16 décembre 1999.....	120
<i>Thlimmenos c. Grèce</i> [GC], n° 34369/97, CouEDH, 6 avril 2000	41
<i>Timichev c. Russie</i> , n°s 55762/00 et 55974/00, CouEDH, 13 décembre 2005	123, 145
<i>Turan Cakir c. Belgique</i> , n° 44256/06, CouEDH, 10 mars 2009.....	97
<i>Ünal Tekeli c. Turquie</i> , n° 29865/96, CouEDH, 16 novembre 2004.....	106
<i>V. c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 24888/94, CouEDH, 16 décembre 1999.....	120
<i>Van Kück c. Allemagne</i> , n° 35968/97, CouEDH, 12 juin 2003.....	109

<i>Walker c. Royaume-Uni</i> , n° 37212/02, CouEDH, 22 août 2006.....	111
<i>Weller c. Hongrie</i> , n° 44399/05, CouEDH, 31 mars 2009.....	32, 74, 138
<i>Willem c. France</i> , n° 10883/05, CouEDH, 16 juillet 2009.....	99
<i>Wintersberger c. Autriche</i> , n° 57448/00, CouEDH, 5 février 2004.....	49
<i>Zarb Adami c. Malte</i> , n° 17209/02, CouEDH, 20 juin 2006.....	33, 72, 106
<i>Zeibek c. Grèce</i> , n° 46368/06, CouEDH, 9 juillet 2009.....	125

Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux

<i>Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) c. Bulgarie</i> (réclamation n° 41/2007), 3 juin 2008.....	145
<i>Syndicat SUD Travail Affaires Sociales c. France</i> (réclamation n° 24/2004), 8 novembre 2005.....	145

Jurisprudence du Comité des droits de l'homme

<i>Diergaardt et autres c. Namibie</i> , communication n° 760/1997, 6 septembre 2000.....	134
---	-----

Jurisprudence des juridictions nationales

<i>Autriche</i> – Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 janvier 2006.....	87
<i>Autriche</i> – Commission pour l'égalité de traitement (troisième chambre).....	123
<i>Belgique</i> – Décision du 6 décembre 2004 du Correctionele Rechtbank van Antwerpen [Tribunal correctionnel d'Anvers].....	89
<i>Bulgarie</i> – Décision n° 164 du Tribunal régional de Sofia du 21 juin 2006 dans l'affaire civile n° 2860/2006.....	39
<i>Chypre</i> – Réf. A.K.I. 37/2008, autorité de promotion de l'égalité de traitement, 8 octobre 2008.....	42
<i>Finlande</i> – Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3, Tribunal administratif de Vaasa.....	59

<i>France</i> – Arrêt n° M 08-88.017 et n° 2074 de la Cour de cassation (chambre criminelle) du 7 avril 2009.....	87
<i>France</i> – Boutheiller c. Ministère de l'éducation, arrêt n° 0500526-3 du Tribunal administratif de Rouen du 24 juin 2008.....	43
<i>France</i> – Lenormand c. Balenci, arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 6 novembre 2008 dans l'affaire 08/00907.....	87
<i>Hongrie</i> – Autorité de promotion de l'égalité de traitement, affaire n° 72, avril 2008.....	87
<i>Hongrie</i> – Décision n° 654/2009 du 20 décembre 2009 de l'autorité hongroise chargée de l'égalité de traitement.....	38
<i>Royaume-Uni</i> – Amicus MSF Section, R (sur requête de) c. Secretary of State for Trade and Industry, <i>High Court</i> du Royaume-Uni, 26 avril 2004.....	60
<i>Royaume-Uni</i> – Eweida c. British Airways Plc., arrêt de la <i>Court of Appeal</i> du Royaume-Uni du 12 février 2010.....	155
<i>Royaume-Uni</i> – Islington London Borough Council c. Ladele (partie intervenante Liberty), arrêt de la <i>Court of Appeal of England & Wales</i> (Royaume-Uni) du 12 février 2010 [2009] EWCA Civ. 1357.....	131
<i>Royaume-Uni</i> – James c. Eastleigh Borough Council, arrêt de la Chambre des Lords du 14 juin 1990, Recueil 1990.....	29
<i>Royaume-Uni</i> – MacCulloch c. Imperial Chemical Industries plc, <i>UK Employment Appeals Tribunal</i> , 22 juillet 2008.....	62
<i>Slovénie</i> – Avocat du principe d'égalité, décision n° UEM-0921-1/2008-3 du 28 août 2008.....	155
<i>Suède</i> – Escape Bar restaurant c. Le Médiateur chargé de la lutte contre la discrimination ethnique, arrêt de la Cour suprême du 1 ^{er} octobre 2008 dans l'affaire T-2224-07.....	87, 150
<i>Suède</i> – HomO, dossier n° 262/06, décision du 21 juin 2006.....	113
<i>Suède</i> – Médiateur chargé de la lutte contre la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle c. A.S., arrêt de la Cour d'appel de Svea du 11 février 2008 dans l'affaire T-3562-06.....	37, 87



Tableau des actes juridiques

Instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (4 novembre 1950)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966)

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (16 décembre 1966)

Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention contre la torture, 9 décembre 1975)

Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (4 janvier 1969)

Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979)

Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (13 décembre 2006)

Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (20 novembre 1989)

Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948)

Instruments de l'Union européenne

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (1^{er} décembre 2009)

Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) : Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (version refondue)

Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services : Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services

Directive sur l'égalité raciale : Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : 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

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (7 décembre 2000)

Recommandation 92/131/CEE de la Commission du 27 novembre 1991 sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail

Déclaration du Conseil du 19 décembre 1991 concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel

Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale

Directive sur l'égalité de traitement : Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail

Traité instituant la Communauté économique européenne (25 mars 1957)

Autres documents disponibles sur CD-Rom

- i. Council Directive 79/7/EEC on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (19 December 1978) [Directive 79/7/CEE du Conseil sur la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale [BG - CS - DE - EL - EN - ES - FR - HU - IT - PL - RO]
- ii. Edel, *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, [L'interdiction de la discrimination aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme] Human Rights Files, No. 22, 2010 [EN - FR]
- iii. European Commission, *Combating Discrimination: A Training Manual*, [Commission européenne, Lutte contre la discrimination – Manuel de formation] 2006 [BG - CS - DE - EL - EN - ES - FR - HU - IT - PL - RO]
- iv. European Network of Equality Bodies (Equinet), 'Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice' [Interprétation dynamique – La législation anti-discrimination européenne dans la pratique] Volume I [EN - FR], Volume II [EN - FR], Volume III [EN - FR], Volume IV [EN]
- v. European Network of Equality Bodies (Equinet), 'Combating Discrimination in Goods and Services' [Réseau européen d'organismes pour l'égalité (Equinet), La lutte contre la discrimination dans les biens et les services] [EN - FR]
- vi. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *The impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union*, 2010 [EN] [L'impact de la Directive sur l'égalité raciale. Points de vue des syndicats et des employeurs dans l'Union européenne].

- vii. Case studies on Articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 and 14 of the European Convention of Human Rights, as well as on Article 1 of Protocol 1 to the ECHR [Études de cas relatives aux articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à l'article 1^{er} du Protocole n°1 de la CEDH] [DE – EN - FR]
- viii. Summaries of selected European Court of Human Rights cases in Hungarian [HU]

Ressources en ligne

Ressources	Adresses internet ²⁷²
Page « Formation aux droits de l'homme pour des professionnels du droit » du site internet du Conseil de l'Europe.	www.coehelp.org
<i>Equinet, Interprétation dynamique - La législation anti-discrimination européenne dans la pratique</i> , volumes I à IV.	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, « News report » [Information de presse].	www.non-discrimination.net/news
Grgić, A., Mataga, Z., Longar, M., et Vilfan, A., <i>Le droit à la propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme</i> , Précis sur les droits de l'homme, n° 10, 2007.	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123
Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Série des traités européens n° 177, rapport explicatif, point 22.	http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm
Kilkelly, U., <i>Le droit au respect de la vie privée et familiale</i> , Précis sur les droits de l'homme, n° 1, 2001.	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636

272 Toutes les adresses internet ont été consultées le 10 mars 2011.

Ressources	Adresses internet ²⁷²
Equinet, <i>La lutte contre la discrimination dans les biens et les services.</i>	www.equineteurope.org/68.html
Les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.	www.yogyakartaprinciples.org/principles_fr.htm
Portail d'information de l'Agence des droits fondamentaux (FRA).	http://infoportal.fra.europa.eu
Rapport de l'Agence des droits fondamentaux : <i>The impact of the Racial Equality Directive. Views of trade unions and employers in the European Union</i> [L'impact de la Directive sur l'égalité raciale. Points de vue des syndicats et des employeurs dans l'Union européenne].	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_Directive_en.htm
Étude de cas n° 15 (<i>arrestation, détention avant jugement, mauvais traitements infligés à un Rom</i>).	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=2
Murdoch, J., <i>Liberté de pensée, de conscience et de religion</i> , Précis sur les droits de l'homme, n° 2, 2007.	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
Précis sur les droits de l'homme du Conseil de l'Europe.	www.coehelp.org/course/view.php?id=54
Lutte contre la discrimination - Manuel de formation.	http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&langId=fr&moreDocuments=yes

272 Toutes les adresses internet ont été consultées le 10 mars 2011.

Remarques relatives aux citations

La jurisprudence citée *supra* fournit au lecteur des informations exhaustives, tout en lui permettant de retrouver le texte complet de la décision prononcée ou de l'arrêt rendu dans l'affaire concernée. Cela peut se révéler utile si le lecteur souhaite étudier de manière plus approfondie l'analyse de la juridiction saisie et le raisonnement que celle-ci a suivi avant de statuer.

Bon nombre des affaires mentionnées dans la présente publication ont été tranchées soit par la Cour de justice de l'Union européenne, soit par la Cour européenne des droits de l'homme ; c'est pourquoi les approches de ces deux juridictions occupent une place centrale dans les considérations exposées dans ce manuel. Toutefois, les personnes qui travaillent à partir des bases de données jurisprudentielles nationales peuvent utiliser des techniques similaires.

Pour accéder gratuitement à la jurisprudence de la CouEDH, le lecteur peut se rendre sur le portail HUDOC de la CouEDH : www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/. Ce portail dispose d'un moteur de recherche convivial qui permet de trouver aisément la jurisprudence recherchée. Le mode de recherche le plus simple consiste à introduire, dans la zone intitulée « Numéro de requête », le numéro de requête correspondant à l'affaire en question.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne peut aussi être consultée gratuitement, grâce au moteur de recherche du site CURIA : <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=fr>. Accéder à la jurisprudence de la Cour de justice est un jeu d'enfant avec le moteur de recherche CURIA. La manière la plus simple

de trouver une affaire précise consiste à introduire le numéro de l'affaire dans la zone de recherche intitulée « Numéro d'affaire ».

L'utilisateur peut aussi, le cas échéant, utiliser les deux moteurs de recherche susmentionnés (ou n'importe quel autre moteur de recherche utilisé) pour filtrer les affaires par date. Afin de faciliter la recherche de la jurisprudence en fonction de la date de la décision ou de l'arrêt, cette dernière a été mentionnée dans toutes les références aux affaires citées dans le présent manuel.