

Droit de l'égalité et de la non-discrimination
Chronique JEDH - 2013¹
Emmanuelle Bribosia² et Isabelle Rorive³
avec la collaboration de Joseph Damamme⁴

Cette deuxième édition, qui porte sur la période de janvier à décembre 2013, confirme la pertinence d'une approche intégrée du droit de l'égalité et de la non-discrimination, faisant fi des frontières entre les ordres juridiques supranationaux. Une telle approche se reflète d'abord dans les stratégies mises en œuvre par certains requérants et par plusieurs organisations actives dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Ces acteurs utilisent de manière croissante les potentialités des différentes voies de recours offertes par un espace transnational de protection des droits fondamentaux en construction, comme en témoignent en particulier, le contentieux relatif à la ségrégation des Roms (point III. B) et celui concernant les restrictions au port de signes religieux, initié par la communauté Sikh (point IV. C). Les vertus d'une vision intégrée du droit de l'égalité sont également perceptibles dans la perméabilité aux sources externes dont font régulièrement preuve les organes de protection des droits fondamentaux. L'on épinglera tout particulièrement pour l'année 2013, un ferme engagement de la Cour de justice de l'Union européenne à tenir compte de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits des personnes handicapées – certes contraignante pour l'Union européenne depuis 2010 – (point I. A et B), la mise en exergue par la Cour européenne des droits de l'homme d'une tendance internationale à la reconnaissance juridique des couples de même sexe, dans l'affaire *Vallianatos c. Grèce* (point II. A) ainsi que l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, dans l'affaire *Vona c. Hongrie*, exemple emblématique d'une approche holistique des sources en matière de discrimination raciale (point III. A).

L'année 2013 confirme la progression soutenue du contentieux tiré du droit de la non-discrimination. En conséquence, nous avons été contraintes de faire des choix pour la deuxième édition de cette chronique dans laquelle nous nous sommes centrées sur quatre motifs de discrimination particuliers : (I) le handicap, (II) l'orientation sexuelle, (III) la race et de l'origine ethnique, (IV) la religion et les convictions. Selon le plus récent Eurobaromètre, les trois premiers d'entre eux correspondent aux motifs de discrimination les plus largement perçus dans l'Union européenne⁵. En l'absence de

¹ Cette chronique s'inscrit dans le cadre du projet PAI "The Global Challenge of Human Rights Integration: Toward a Users' Perspective" (2012-2017) financé par BELSPO et auquel les auteurs de cette contribution sont partie prenante, en tant que partenaire ULB. Elle bénéficie également du soutien de la Communauté française dans le cadre du projet ARC "Sous le signe du mérite et de la conformité culturelle. Les nouvelles politiques d'intégration des immigrés en Europe" (2012-2017).

² Emmanuelle Bribosia est professeur à l'Institut d'Etudes européennes et à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles ainsi que directrice de la section juridique de cet Institut. Elle peut être jointe à ebribo@ulb.ac.be.

³ Isabelle Rorive est professeur à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles et directrice du Centre Perelman de philosophie du droit. Elle peut être jointe à irorive@ulb.ac.be.

⁴ Assistant de recherche à la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles, Joseph Damamme a apporté une aide précieuse au recensement des affaires sélectionnées dans la présente chronique.

⁵ Eurobaromètre spécial, « Discrimination dans l'UE en 2012 », Janvier 2013, Résumé, p. 27.

changements décisifs pour les motifs du genre⁶ et de l'âge⁷, nous nous bornons ici à mentionner en note les affaires principales que nous avons recensées.

I. HANDICAP ET ÉTAT DE SANTÉ

Le contentieux relatif au handicap et à l'état de santé se présente, en 2013, comme un chant polyphonique où les voix des organes de protection européens et internationaux contribuent à préciser la notion de handicap, le champ d'application de la protection conférée ainsi que les différents outils et concepts destinés à réaliser l'égalité en ce domaine. Une approche intégrée, tenant compte des exigences de la Convention des Nations Unies sur la protection des personnes handicapées, permet à la Cour de justice de l'Union européenne de redéfinir tant la notion de handicap (A) que celle d'aménagement raisonnable. Cette dernière est également au centre de l'approche des traitements inhumains et dégradants, condamnés par la Cour européenne des droits de l'homme, que subissent les personnes handicapées dans les prisons polonaises (B). Le Comité onusien des droits des personnes handicapées s'attache quant à lui à préciser les exigences en matière d'accessibilité et condamne la Hongrie à deux reprises (C). C'est enfin la pénurie de places pour les personnes handicapées adultes de grande dépendance qui est dénoncée à l'encontre de la Belgique par le Comité européen des droits sociaux (D).

A. - Définition de la notion de handicap

Alors que la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁸

⁶ Violences domestiques et stéréotype de genre : Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt *Eremia c. République de Moldavie*, 28 mai 2013 (req. n° 3564/11) (définitif depuis le 28 août 2013) ; Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt *Mudric c. République de Moldavie*, 16 juillet 2013 (req. n° 74839/10) (définitif depuis le 16 octobre 2013). Expulsion et risque de mauvais traitement fondé sur le genre : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : *M. N.N c. Danemark*, communication n° 33/2011, déc. du 15 juillet 2013 (CEDAW/C/55/D/33/2011) (aussi l'origine ethnique) ; *M.S c. Danemark*, communication n° 40/2012, déc. du 22 juillet 2013 (CEDAW/C/55/D/40/2012) (aussi les convictions religieuses) ; *M.E.N c. Danemark*, communication n° 35/2011, déc. du 26 juillet 2013 (CEDAW/C/55/D/35/2011) (aussi les convictions politiques). Garde d'enfant : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes *M.K.D. A-A c. Danemark*, communication n° 44/2012, déc. du 18 octobre 2013 (CEDAW/C/56/D/44/2012) (l'enfant se voit reconnaître le statut de victime dans le système de la CEDAW). Egalité de rémunération : C.J., 28 février 2013, arrêt *Kenny e. a. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance, Commissioner of An Garda Síochána*, C-427/11, commenté par J. Jacquain, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations 'article 19 TFUE' », *J.D.E.*, 2013, p. 358. Congé parental et allocation de maternité : Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt *Garcia Matteos c. Espagne* du 19 février 2013 (req. n° 38285/09) (définitif depuis le 19 mai 2013), commenté par J. Jacquain, Chronique précitée, *J.D.E.*, 2013, p. 360 ; C.J., 19 septembre 2013, arrêt *Marc Betriull Montull c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-5/12. Age d'admission à la retraite : C.J., 12 septembre 2013, arrêt *Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer c. Anneliese Kuso*, C-614/11. Nom patronymique : Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turquie* du 28 mai 2013 (req. n° 7971/07) (définitif depuis le 28 août 2013), commenté par J. Jacquain, Chronique précitée, *J.D.E.*, 2013, p. 359.

⁷ C.J., 26 septembre 2013, arrêt *HK Danmark c. Experian A/S*, C-476/11 (cotisations progressives de retraite liées à l'âge) ; C.J., 26 septembre 2013, arrêt *Dansk Jurist- og Økonomforbund c. Indenrigs- og Sundhedsministeriet*, C-546/11 (départ obligatoire à la retraite des fonctionnaires à 70 ans) ; C.E.D.S., *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Norvège*, R.C. n° 74/2011, déc. du 2 juillet 2013 (départ obligatoire à la retraite des marins à 62 ans).

⁸ *J.O.*, L 303, p. 16.

interdit notamment les discriminations fondées sur le handicap, elle ne définit pas cette notion. En l'absence d'un renvoi exprès au droit des Etats membres et afin de garantir l'application uniforme du droit de l'Union européenne, il appartenait à la Cour de justice d'en dégager une interprétation autonome. Après s'être livrée, dans un arrêt *Chacon Navas* de 2006⁹, à une première tentative de définition, aux fins notamment de distinguer le handicap de la maladie et d'exclure cette dernière du champ de protection de la directive¹⁰, la Cour de justice fut amenée à revoir sa définition en 2013, dans les affaires jointes *HK Danmark*¹¹. A cette occasion, intégrant les exigences de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées¹² ratifiée en 2009 par l'Union européenne¹³, la Cour relève le caractère évolutif de la notion de handicap et passe d'un « modèle médical »¹⁴ à un « modèle social »¹⁵. Dorénavant, pour l'application de la directive anti-discrimination, cette notion « doit être entendue comme visant une limitation (probablement de longue durée), résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut¹⁶ faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs »¹⁷ (§ 38). Ainsi, à l'instar de la conception onusienne, l'accent n'est plus exclusivement mis sur les incapacités ou limitations des personnes handicapées mais bien sur l'interaction de celles-ci avec diverses barrières comportementales et environnementales qui aboutissent à limiter la participation à la vie professionnelle¹⁸. En vertu de cette nouvelle conception, la frontière entre maladie et handicap s'estompe. Une maladie curable ou incurable¹⁹ relèvera de la notion de handicap dès lors qu'elle répond à la définition remaniée²⁰. L'interprétation restrictive défendue par l'employeur suivant laquelle le handicap suppose une « exclusion totale du

⁹ C.J., 11 juillet 2006, arrêt *Chacón Navas*, C-13/05, § 40.

¹⁰ Optant pour un modèle qualifié de « médical », la Cour avait précisé que « la notion de 'handicap' doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (*Ibidem*, § 43).

¹¹ C.J., 11 avril 2013, arrêt *HK Danmark*, aff. jointes C-335/11 et C-337/11 (dite aussi affaire *Ring*). Voy. pour un commentaire, J. Damamme, « La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2013, n° 5, pp. 836-858.

¹² Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 décembre 2006, (Rés. 61/106) et entrée en vigueur le 3 mai 2008.

¹³ Décision du Conseil de l'Union européenne 2010/48/CE du 26 novembre 2009, concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, *J.O.*, n° L 23/35 du 27 janvier 2010.

¹⁴ L. Waddington, « Case C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* », *C.M.L.R.*, (2007) 44, p. 491.

¹⁵ Cette lecture de l'arrêt *HK Danmark* correspond à celle livrée par l'avocat général N. Wahl, dans ses conclusions présentées le 26 septembre 2013, dans l'affaire *Z*, C-363/12, pendante devant la CJUE au moment de la rédaction de cette Chronique. Voy. aussi sur ces différences de conception du handicap: M. Oliver, *Understanding Disability : From Theory to Practice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 1996.

¹⁶ Contrairement à ce que semblait suggérer la définition *Chacón Navas* (§ 43), mais à l'instar de ce qu'impose la Convention onusienne, l'obstacle à la vie professionnelle ne doit être que potentiel.

¹⁷ C.J., 11 avril 2013, arrêt *HK Danmark*, *op. cit.*, § 38.

¹⁸ En ne visant que l'obstacle à la vie professionnelle, la définition proposée par la Cour de justice est plus étroite que la définition onusienne qui vise les obstacles à la participation pleine et effective à la vie en société. Cela s'explique toutefois par le champ d'application matériel restreint de la directive qui se limite à l'emploi (entendu de manière large).

¹⁹ En l'espèce, deux employées ont été licenciées alors qu'elles souffraient de pathologies physiques qui ne leur permettaient plus d'exercer leur travail à temps plein : la première avait des douleurs dorsales chroniques dues notamment à un développement de l'arthrose au niveau des lombaires alors que la seconde avait différents symptômes tels que des douleurs à la nuque et une faible résistance au stress.

²⁰ C.J., 11 avril 2013, arrêt *HK Danmark*, *op. cit.*, § 41.

travail ou de la vie professionnelle » et l'utilisation d'équipements spéciaux est également rejetée par la Cour²¹.

C'est de nouveau une conception sociale plutôt que strictement médicale qui guide la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt, *I.B. c. Grèce*²². Apprenant la séropositivité d'un collègue, une grande partie des employés d'une entreprise de fabrication de bijoux (une trentaine sur soixante-dix) avait demandé son renvoi à l'employeur au nom de la sauvegarde de « leur santé et leur droit au travail ». Ils avaient obtenu gain de cause après que l'employeur ait vainement tenté de les rassurer par l'entremise d'un médecin qui avait attesté de l'absence de risque en l'espèce. Contrairement à la Cour d'appel d'Athènes, la Cour de cassation grecque jugea le licenciement justifié « par les intérêts de l'employeur (entendus) 'dans le bon sens du terme', comme le rétablissement d'une collaboration harmonieuse entre employés et du bon fonctionnement de l'entreprise »²³. Saisie pour la première fois du licenciement d'une personne en raison de sa séropositivité, la Cour commence par rattacher l'affaire au champ d'application de la vie privée : « l'épidémie de VIH ne (peut) être seulement considérée comme un problème médical, ses effets se faisant sentir dans toutes les sphères de la vie privée » (§ 70). Et de poursuivre : « les personnes porteuses du VIH sont obligées de faire face à de multiples problèmes, de type non seulement médical, mais aussi professionnel, social, personnel et psychologique et surtout à des préjugés parfois enracinés même parmi les personnes les plus instruites » (§ 80)²⁴. A l'instar de son raisonnement dans l'arrêt pionnier, *Kiyutin c. Russie*²⁵, la Cour souligne la vulnérabilité particulière des personnes atteintes du VIH pour en déduire une marge nationale d'appréciation réduite, seules « des raisons très fortes » (§ 79) étant de nature à justifier une différence de traitement fondée sur la séropositivité, laquelle rejoint ainsi les rangs des « critères suspects ». Un contrôle particulièrement strict se justifie d'autant plus que tant le droit international des droits de l'homme qu'une approche comparative des droits nationaux témoignent d'un courant protecteur en faveur des personnes séropositives (§§ 83-84). En condamnant la Grèce à l'unanimité, la Cour réaffirme avec force que les préjugés ne peuvent justifier une différence de traitement. Cet arrêt présente néanmoins certaines limites pour la protection des travailleurs séropositifs. En pointant la motivation de la Cour d'appel grecque selon laquelle l'état de santé du requérant n'avait pas d'effet défavorable sur la relation de travail ou sur le bon

²¹ *Ibidem*, §§ 43 à 45.

²² Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *I.B. c. Grèce* du 3 octobre 2013 (req. n° 552/10) (définitif depuis le 3 janvier 2014).

²³ *Ibidem*, § 24.

²⁴ L'on notera qu'alors que la Cour de Strasbourg considère qu'un problème de santé tel que la séropositivité est couvert par l'expression « toute autre situation » reprise à l'article 14 de la CEDH, « en tant que handicap ou au même titre qu'un handicap » (§ 73), elle ne s'appuie pas pour autant, dans son raisonnement, sur la Convention des Nations Unies sur le droit des personnes handicapées (A. Timmer, « HIV-based employment discrimination: the ECtHR takes a strong stance in *I.B. v. Greece* », posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 21 octobre 2013). A la différence du droit de l'Union européenne, les conséquences du rattachement explicite d'une maladie ou d'un état de santé au handicap sont toutefois moins déterminantes dans le système de la CEDH qui couvre tant les discriminations fondées sur le handicap que celles fondées sur l'état de santé moyennant la liste ouverte de critères prohibés de l'article 14.

²⁵ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Kiyutin c. Russie* du 10 mars 2011 (req. n° 2700/10) (définitif depuis le 15 septembre 2011). Dans cette affaire, les autorités russes furent condamnées pour violations des articles 8 et 14 de la CEDH, en raison de leur refus d'octroyer un permis de résidence au requérant, fondé sur sa séropositivité.

fonctionnement de l'entreprise, la Cour n'insiste nullement sur l'obligation d'aménagement raisonnable qui pèserait sur l'employeur dans l'hypothèse où l'état de santé du travailleur aurait un impact sur l'organisation du travail (en engendrant, par exemple, des absences répétées pour suivre un traitement)²⁶. Gageons toutefois que la Cour s'y référera, avec le droit de l'Union européenne en toile de fond, lorsque les circonstances de la cause l'y inciteront.

B. - Aménagement raisonnable et discriminations fondées sur le handicap

En 2013, la Cour de justice de l'Union européenne est également amenée à préciser les contours de l'obligation d'aménagement raisonnable qui pèse sur l'employeur en vertu de l'article 5 de la directive 2000/78/CE²⁷. Dans les affaires jointes *HK Danmark* précitées, les employeurs contestaient que la réduction du temps de travail demandée par les requérantes puisse être considérée comme une forme d'aménagement raisonnable au sens de la directive. En ancrant la lecture de la disposition européenne dans le cadre protecteur défendu par la Convention onusienne sur les droits des personnes handicapées²⁸, la Cour interprète le concept d'aménagement raisonnable comme « visant l'élimination des diverses barrières qui entravent la pleine et effective participation des personnes handicapées à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs » et donc comme incluant l'aménagement des horaires, en ce compris la réduction du temps de travail, à la condition que cela ne constitue pas une charge disproportionnée pour l'employeur (§§ 52-58). Si, dans le cadre de la répartition des tâches inhérentes au mécanisme préjudiciel, il appartient au juge national d'apprécier le caractère « raisonnable » de l'aménagement requis, la Cour rappelle les éléments pertinents à cet égard, à savoir notamment le coût financier, compte tenu de la taille et des ressources de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics (§§ 59-60)²⁹.

Une conception large, conforme à la Convention des Nations Unies, tant de l'aménagement raisonnable que de ses bénéficiaires, est confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt en manquement du 4 juillet 2013³⁰, au terme duquel l'Italie est condamnée pour défaut de transposition correcte et intégrale de l'article 5 de la directive 2000/78/CE. La restriction du bénéfice des aménagements

²⁶ A. Timmer, « HIV-based employment discrimination: the ECtHR takes a strong stance in *I.B. v. Greece* », *op. cit.*

²⁷ Cet article dispose 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 ».

²⁸ En vertu de l'article 2, § 4 de la Convention de l'ONU, les aménagements raisonnables sont « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indues apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ».

²⁹ C'était le cas en l'espèce : le droit danois prévoit des aides publiques pour les aménagements visant à faciliter l'accès des personnes handicapées au marché du travail (§ 63). A propos du raisonnement de la Cour de justice relatif à l'existence d'une discrimination indirecte résultant d'une disposition nationale qui prévoit qu'un employeur peut mettre fin au contrat de travail avec un préavis réduit si le travailleur handicapé concerné a été absent pour cause de maladie avec maintien de la rémunération pendant 120 jours au cours des douze derniers mois lorsque ces absences sont la conséquence de son handicap, voy. §§ 63-92.

³⁰ C.J., 4 juillet 2013, arrêt *Commission c. Italie*, C-312/11.

raisonnables à certaines catégories de personnes handicapées, identifiées selon la gravité du handicap conformément à la classification de l'Organisation mondiale de la santé, est ainsi rejetée³¹. L'édition de mesures publiques d'incitation et d'aide ne peuvent en aucun cas se substituer, suivant la Cour, à l'obligation pour les employeurs de mettre en place, en fonction des besoins et dans des situations concrètes, des aménagements raisonnables pour toutes les personnes souffrant d'un handicap³².

Sans avoir été traitée par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle de la discrimination, l'affaire *D.G c. Pologne*³³ établit un lien remarquable entre l'obligation d'aménagement raisonnable dans le chef des autorités pénitentiaires et le traitement inhumain et dégradant subi par un prisonnier paraplégique, en raison de ses conditions de détention³⁴. Afin de conclure à une violation de l'article 3 de la Convention européenne au motif que le traitement subi atteignait le niveau de sévérité requis, la Cour estime qu'indépendamment de toute intention d'humilier le requérant, son maintien en détention pendant 18 mois dans une prison inadaptée à l'incarcération de personnes souffrant d'un handicap physique, sans que des efforts suffisants n'aient été faits pour rencontrer ses besoins spécifiques, équivaut à un traitement inhumain et dégradant³⁵. Cette référence par la Cour européenne des droits de l'homme à l'obligation d'aménagement raisonnable dans la partie « substantielle » de son jugement est une première en matière de handicap³⁶. La tierce-intervention conjointe de trois organisations non-gouvernementales militant pour la reconnaissance des droits des personnes souffrant d'un handicap n'y est probablement pas étrangère. Sur la base du droit international des droits de l'homme, ces organisations plaidaient que, dans le contexte de la détention de personnes handicapées, les aménagements sont nécessairement raisonnables si leur absence conduit à infliger un traitement inhumain et dégradant. Un argument de nature économique ne permet donc pas aux autorités de s'exonérer de leur obligation d'aménagement dans ce type de situation³⁷.

C. - Accessibilité, un principe autonome ?

Consacré sans pour autant être défini dans la Convention des Nations Unies, le principe d'accessibilité³⁸ reste malaisé à cerner. Trois affaires tranchées en 2013 montrent

³¹ *Ibidem*, §§ 56 et 57.

³² *Ibidem*, § 62.

³³ Cour eur. D.H. (4^e sect.), arrêt *D.G. c. Pologne* du 12 février 2013 (req. n° 45705/07) (définitif depuis le 12 mai 2013).

³⁴ Obligé de se déplacer en fauteuil roulant, Mr D.G. était, par ailleurs, atteint de sérieux dysfonctionnements des sphincters urétral et anal (§§ 6, 136 et 143). Or, malgré son état d'incontinence, on ne lui fournissait ni lingettes en suffisance ni accès illimité à une douche, cette dernière n'étant accessible que moyennant l'aide des co-détenus. Qui plus est sa cellule n'avait fait l'objet d'aucun aménagement, le plaçant dans une situation de dépendance problématique pour l'ensemble de ses mouvements en ce compris l'accès à son lit (§§ 45 et 147).

³⁵ *Ibidem*, §§ 176-177.

³⁶ Elle l'avait fait auparavant dans la partie « dispositions pertinentes de droit national et international » dans l'arrêt *Jasinskis c. Lettonie* (3^e sect.) du 21 décembre 2010 (req. n° 45744/08), § 40.

³⁷ Commentaires écrits et présentés conjointement par le Forum européen des personnes handicapées, *International Disability Alliance* et *Helsinki Foundation for Human Rights*, juillet 2012, §§ 17-28 disponibles notamment sur le site de *International Disability Alliance* ; A.M.M. Lawson, "Disability Equality, Reasonable Accommodation and the Avoidance of Ill-Treatment in Places of Detention: What Role for Monitoring and Inspection Bodies?", *The International Journal of Human Rights*, 2012, pp. 845-864.

³⁸ Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, article 9.

combien son articulation avec l'obligation d'aménagement raisonnable est en pleine construction.

L'arrêt *Bayrakci c. Turquie*³⁹ constitue une occasion manquée pour la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer sur la double question du défaut d'aménagement raisonnable et d'accessibilité. Le requérant, fonctionnaire à la direction des impôts en Turquie, se plaignait du manque de toilettes adaptées à son handicap sur son lieu de travail. A la différence d'affaires précédentes relatives à des questions d'accessibilité, rejetées par la Cour en raison de l'inapplicabilité de la Convention pour défaut de lien direct et immédiat entre les mesures demandées et la vie privée des requérants (§ 22)⁴⁰, la Cour souligne que l'absence de toilettes adaptées au handicap sur le lieu de travail « peut avoir des conséquences réelles et sérieuses sur sa vie quotidienne » et peut « faire naître en lui des sentiments d'humiliation et de détresse susceptibles d'influer sur son autonomie personnelle, et donc sur la qualité de sa vie privée » (§ 26). La Cour botte toutefois en touchant en déclarant la requête irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes⁴¹.

L'occasion est, par contre, saisie par le Comité onusien des droits des personnes handicapées dans une communication adoptée contre la Hongrie⁴² relativement à l'accès aux services de distribution automatique de billets de banque pour les personnes atteintes d'une déficience visuelle. Les requérants dénonçaient le fait qu'alors qu'ils payaient les mêmes frais pour les services d'utilisation de cartes bancaires, ils étaient dans l'impossibilité d'utiliser les distributeurs automatiques de leur établissement privé de crédit, étant donné qu'ils étaient dépourvus d'inscription en braille ou de système d'assistance vocale. La plainte initiale des requérants était centrée sur l'absence d'aménagement raisonnable – *in casu* l'absence d'adaptation à leur grave déficience visuelle de plusieurs distributeurs situés à proximité de leur domicile –, pour être ensuite élargie à la question générale de l'accessibilité des personnes malvoyantes au réseau des distributeurs automatiques exploités par l'organisme de crédit. C'est par conséquent sous l'angle exclusif de l'article 9 de la Convention onusienne, garantissant le principe d'accessibilité sur la base de l'égalité avec les autres utilisateurs, que le Comité examine la communication (§ 9.2). Ecartant l'argument du gouvernement défendeur suivant lequel le principe d'accessibilité ne s'appliquerait pas aux organismes privés (cf. article 9 § 2 b de la Convention de l'ONU), le Comité conclut que la Hongrie ne s'est pas acquittée de ses obligations de garantir aux requérants, ainsi qu'aux personnes dans une situation similaire, l'accessibilité à ses services bancaires. L'obligation d'accessibilité est construite de manière autonome par rapport à celle d'aménagement raisonnable consacré à l'article 5, § 3 de la même Convention. Ce dernier vise à satisfaire les besoins d'une personne, considérée individuellement dans une situation concrète, alors que le principe d'accessibilité vise un groupe de personnes et tend à leur

³⁹ Cour eur. D.H., (2^e sect.), décision du 5 février 2013 (req. n° 2643/09).

⁴⁰ Ces affaires dénonçaient, sous l'angle des articles 8 et 14 de la CEDH combinés, l'absence d'accès à une plage privée située loin de la demeure habituelle du requérant, l'absence d'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite de nombreux bâtiments publics dans la ville où étaient domiciliés les requérants (voy. détails et références précisés au § 22).

⁴¹ Cour eur. D.H., (2^e sect.), décision du 5 février 2013, *op. cit.*, §§ 29-31.

⁴² Comité des droits des personnes handicapées, *Szilvia Nyusti & Péter Takács c. Hongrie*, communication n° 1/2010 du 11 mars 2010, déc. du 16 avril 2013 (CRPD/C/9/D/1/2010).

permettre de vivre de manière indépendante⁴³. Dans cette logique, le Comité onusien étend ses conclusions au-delà de la situation des auteurs de la requête et recommande à la Hongrie d'établir « des normes minimales sur l'accessibilité des services bancaires fournis par les institutions financières privées aux personnes atteintes de handicaps visuels ou autres » (§ 10). L'on relèvera également qu'alors que l'obligation d'aménagement raisonnable requiert du juge qu'il contrôle le caractère « raisonnable » de l'aménagement demandé, c'est-à-dire l'absence de charge disproportionnée pour l'employeur ou le fournisseur de service, une mise en balance des intérêts est étrangère au principe d'accessibilité, ce que la décision du Comité reflète parfaitement⁴⁴.

La Hongrie a essuyé une deuxième condamnation du Comité des droits des personnes handicapées, à l'occasion de l'affaire *Zsolt Bujdosó et cinq autres*⁴⁵, qui avait trait à la déchéance automatique du droit de vote des personnes atteintes d'un handicap intellectuel (notamment celles placées sous tutelle). Considérant que l'article 29 de la Convention, qui oblige les Etats à garantir à toutes les personnes handicapées la jouissance des droits politiques au même titre que les autres citoyens, n'autorise ni restrictions ni exceptions (§ 9.4), le Comité fait l'économie d'un contrôle de proportionnalité et déclare la règle constitutionnelle litigieuse discriminatoire « par nature » (§ 9.6). Il recommande à la Hongrie d'adapter ses procédures de vote en garantissant qu'elles soient « appropriées, accessibles, faciles à comprendre et à utiliser » et de permettre une assistance à la personne handicapée qui le réclamerait pour exercer son droit de vote (§ 10).

D. - Accueil des personnes handicapées

La pénurie de places pour les personnes handicapées adultes de grande dépendance⁴⁶, dans les centres d'accueil de jour et d'hébergement de nuit en Belgique, a retenu l'attention du Comité européen des droits sociaux⁴⁷. Saisi par la Fédération internationale des droits de l'homme, le Comité a d'abord statué sous l'angle de l'article 14, § 1^{er} de la Charte sociale européenne qui consacre l'accès égal et effectif aux services sociaux (§ 103)⁴⁸, pour conclure que la pénurie dénoncée, reconnue par les autorités

⁴³ Voy. A. Lawson, « Obligations d'aménagement raisonnable et d'accessibilité : vers une approche européenne plus homogène ? », *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, décembre 2010, p. 15, disponible notamment sur le site www.nondiscrimination.net.

⁴⁴ Voy. T. Degener, « Disadvantage at the Intersection of Disability, Race and Gender in discrimination Law » in D. Schiek et A. Lawson, *European Union Non-discrimination Law and Intersectionality*, Ashgate, p. 40. La différence entre les deux concepts apparaît plus floue dans le cadre de l'Union européenne. En effet, la proposition de directive visant à étendre le champ d'application de la directive 2000/78/CE à d'autres domaines que celui de l'emploi, tels que l'accès aux services, brouille les frontières. L'article 4, § 1, a) du projet institue une obligation d'accessibilité notamment aux prestataires de services, qui peuvent toutefois s'en décharger s'ils prouvent que l'accessibilité engendre, dans leur cas, une charge disproportionnée. (Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, COM (2008) 426, 2 juillet 2008).

⁴⁵ Comité des droits des personnes handicapées, *Zsolt Bujdosó et cinq autres c. Hongrie*, communication n° 4/2011 du 14 septembre 2011, déc. du 19 septembre 2013.

⁴⁶ Cela recouvre plusieurs catégories citées dans la décision : les personnes présentant un polyhandicap ; souffrant d'autisme ; présentant une lésion cérébrale acquise ; atteintes d'une infirmité motrice cérébrale (IMC) grave ; avec un handicap mental sévère à profond ; présentant un sur-handicap, § 64.

⁴⁷ C.E.D.S, *FIDH c. Belgique*, R.C. n° 75/2011, déc. du 18 mars 2013.

⁴⁸ La Comité écarte les griefs tirés de l'article 13, § 3 (droit à l'assistance sociale et médicale) et de l'article 15 (droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la

belges, constitue un « déni de la part du Gouvernement des besoins découlant de l'état de santé et du mode de vie particulier » de ces personnes (§ 137). Le Comité rappelle que l'article 14, § 1^{er} n'implique pas d'obligation immédiate de résultat et que, s'agissant de droits dont la mise en œuvre est exceptionnellement complexe et onéreuse, son contrôle se borne à vérifier si les mesures prises par l'Etat pour atteindre les objectifs fixés par cette disposition répondent aux trois critères dégagés dans sa décision *Autisme-Europe c. France*⁴⁹ : (i), une échéance raisonnable (ii) des progrès mesurables et (iii) un financement utilisant au mieux les ressources qu'il est possible de mobiliser (§ 147). En l'espèce, le Comité relève l'absence du progrès pendant une période suffisamment longue (§ 149), progrès au demeurant difficilement appréciable au vu du manque de données chiffrées objectives et fiables. Cet élément est, du reste, également mobilisé pour condamner la Belgique au titre de l'article 30 de la Charte relatif à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale. Pour le Comité, « le manque de collecte par l'Etat de données et informations statistiques fiables (...) empêche une approche globale et coordonnée en matière de protection sociale de ces personnes et constitue un obstacle à l'élaboration de politiques ciblées à leur égard » (§ 197)⁵⁰. Ce faisant, le Comité fait écho aux observations formulées par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, organisme fédéral chargé de suivre la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (§ 12)⁵¹.

La discrimination institutionnelle à l'encontre des personnes handicapées de grande dépendance est condamnée par le Comité tant pour l'accès au service sociaux (article 14, § 1^{er} combiné à l'article E) (§ 210) que pour la stigmatisation de leur famille qui en résulte (article 16 combiné à l'article E) (§ 216). L'état de vulnérabilité dans lequel se trouvent les personnes de grande dépendance et leur famille conduit le Comité à déduire de l'interdiction de discrimination une obligation pour les Etats de tenir compte de leurs besoins spécifiques afin « d'assurer leur accès effectif aux avantages de la politique publique sur un pied d'égalité avec toute autre personne », même si cela implique qu'elles « soient traitées de manière plus favorable que les autres ». C'est bien une conception substantielle de l'égalité qui est à l'œuvre ici.

II. ORIENTATION SEXUELLE

Le principe de non-discrimination fondé sur l'orientation sexuelle continue de trouver un large écho dans la jurisprudence de 2013. Le Comité des droits de l'homme a épinglé la Russie dans une affaire par trop classique d'interdiction d'une manifestation en soutien aux personnes homosexuelles : ici, l'organisation d'un rassemblement devant

communauté) mais accueille celui tiré de l'article 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique) au motif que le manque de places d'accueil et de services sociaux adaptés place de nombreuses familles dans un état de précarité et fragilise leur cohésion (§ 187).

⁴⁹ C.E.D.S, *Autisme-Europe c. France*, R.C. n°13/2002, déc. du 4 novembre 2002.

⁵⁰ Le Comité relève que le manque de données et d'informations statistiques fiables « constitue une carence d'une politique générale et structurelle en matière de collecte de statistiques concernant toutes les personnes handicapées » et pas uniquement les personnes handicapées adultes grandement dépendantes (§ 218).

⁵¹ Le CECLR insistait sur le besoin de données statistiques concernant la situation de vie des personnes handicapées et sur la nécessité d'associer ces personnes à l'élaboration de toute politique les concernant.

l'ambassade d'Iran pour réclamer l'arrêt des exécutions de personnes mineures et/ou homosexuelles dans cet Etat⁵².

L'Autriche n'en finit pas de tirer les conséquences des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par lesquels une disposition de son Code pénal, qui punissait les relations sexuelles consentantes entre un homme adulte et un homme âgé de 16 à 18 ans, avait été jugée contraire au droit au respect à la vie privée, combiné au principe de non-discrimination, au motif que les relations hétérosexuelles du même type n'étaient pas interdites⁵³. L'affaire *E. B c. Autriche* concerne le maintien de telles condamnations dans le casier judiciaire. Pour trancher cette question sous le prisme du principe de non-discrimination, la Cour européenne considère les types d'abrogation qui peuvent frapper une disposition pénale et conclut que les cas qui résultent d'une contrariété aux droits fondamentaux doivent être traités de manière spécifique. Ce faisant, elle mobilise la seconde facette du principe d'égalité, dans la ligne de son célèbre arrêt *Thlimmenos c. Grèce*⁵⁴, au nom de laquelle le traitement similaire de personnes placées dans des situations différentes sans justification objective et raisonnable constitue une discrimination⁵⁵.

Outre deux affaires passionnantes relatives au droit d'asile⁵⁶ dans lesquelles le risque de persécutions fondées sur l'orientation sexuelle est pris en compte dans l'octroi du statut de réfugié et où l'on peut lire qu'il s'agit « d'une caractéristique à ce point essentielle pour l'identité qu'il ne devrait pas être exigé des intéressés qu'ils y renoncent »⁵⁷, les instances marquantes de l'année écoulée contribuent à placer toujours davantage le droit traditionnel de la famille sous la loupe des exigences du principe de non-

⁵² Comité D.H., *Nikolai Alekseev c. Fédération de Russie*, communication n° 1873/2009, déc. du 25 octobre 2013, (CCPR/C/109/D/1873/2009), fondée sur une violation de l'article 21 du Pacte, seule disposition invoquée en l'espèce. La Russie avait déjà été mise en cause en 2012 dans une affaire similaire concernant la liberté d'expression. Voy. Comité D.H., *Irina Fedotova c. Fédération de Russie*, communication n° 1932/2010, déc. du 31 octobre 2012, (CCPR/C.106/D/1932/2010) et notre analyse dans notre précédente chronique, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 308-309. Voy. aussi, des cas d'espèce similaires introduits par le même militant des droits de l'homme (dont le nom est orthographié différemment) devant la Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Alekseïev c. Russie* du 21 octobre 2010 (req. n° 4916/07; 25924/08 and 14500/09) (définitif depuis le 15 avril 2011) où la Russie a également été condamnée sur la base de l'article 14 de la Convention.

⁵³ Voy. la jurisprudence citée dans Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *E.B e.a. c. Autriche* du 7 novembre 2013 (req. n° 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07 et 48779/07), § 77.

⁵⁴ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 (req. n° 34369/97).

⁵⁵ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *E.B. e.a. c. Autriche* du 7 novembre 2013 (req. n° 31913/07, 38357/07, 48098/07, 48777/07 et 48779/07), § 72.

⁵⁶ Comité D.H., *M.I c. Suède*, communication n° 2149/2012, déc. du 25 juillet 2013, (CCPR/C/108/D/2149/2012); C.J., 7 novembre 2013, arrêt *Minister voor Immigratie en Asiel c. X, Y et Z*, aff. jointes C-199/12 à C-201/12 et le commentaire de Marie-Laure Basilien-Gainche & Caroline Lantero, « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social : Une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », in *Lettre "Actualités Droits-libertés" du CREDOF*, 13 novembre 2013. Sur la notion de persécution et les récentes évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice dans des cas similaires aux affaires C-199/12 à C-201/12, mais concernant des minorités religieuses (C.J., 5 septembre 2012, arrêt *Germany v. Y and Z*, aff. jointes C-71/11 et C-99/11), voy. L. Leboeuf and E. Tsourdi, « Towards a Re-definition of Persecution? Assessing the Potential Impact of Y and Z », *Human Rights Law Review* 13:2(2013), pp. 402-415, sp. pp. 414-415. De manière générale, voy. la prochaine chronique « Asile et immigration » de V. Chetail et G. Ruiz dans le *J.E.D.H.* et la prochaine chronique « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne » de J.Y. Carlier dans le *J.D.E.*

⁵⁷ C.J., 7 novembre 2013, arrêt *Minister voor Immigratie en Asiel c. X, Y et Z*, aff. jointes C-199/12 à C-201/12, § 70, voy. aussi § 46.

discrimination. Elles ont trait à la reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe (arrêt *Vallianatos*⁵⁸) (A), aux différences de statut entre personnes mariées et personnes ayant conclu un partenariat civil de solidarité (arrêt *Hay*⁵⁹) (B) ainsi qu'à l'accès à l'adoption par des couples homosexuels (arrêt *X et autres c. Autriche*⁶⁰) (C). Enfin, la portée de l'arrêt *Feryn*⁶¹ et celle du renversement de la charge de la preuve lorsque des déclarations publiques à caractère discriminatoires sont en cause, ont été précisées dans l'affaire *Accept*⁶² qui fera date dans la jurisprudence de la Cour de justice (D).

A. La reconnaissance juridique des couples homosexuels

L'année 2013 aura été riche de plusieurs combats nationaux retentissants menés tant sur le terrain parlementaire que judiciaire pour permettre aux personnes de même sexe d'avoir accès au mariage ou, à tout le moins, à une reconnaissance juridique. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu l'occasion de revenir sur son arrêt *Schalck et Kopf c. Autriche* prononcé en 2010⁶³, dans lequel elle refusait de déduire de la Convention un droit au mariage indépendamment du sexe des partenaires, et ce en raison des profondes connotations sociales et culturelles du mariage et de l'absence de consensus européen en la matière (§§ 54-63).

Dans l'arrêt *Vallianatos c. Grèce*⁶⁴, la Grande Chambre de la Cour condamne cependant une législation nationale qui excluait les couples homosexuels d'une nouvelle forme officielle de vie commune, alternative au mariage (le pacte de vie commune). En se fondant sur le principe de non-discrimination (article 14 CEDH) et le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH), la Cour commence par rappeler, dans la ligne de son arrêt *Schalk et Kopf*, que « eu égard à l'évolution rapide dans de nombreux Etats membres quant à la reconnaissance juridique des couples de même sexe », il serait « artificiel » de considérer que la relation d'un couple homosexuel ne relèverait pas, au même titre que la relation d'un couple hétérosexuel, de la « vie familiale » (§ 73). Elle y inclut, et c'est une première, un couple de requérants qui ne vivent pas ensemble « pour des raisons professionnelles et sociales ». La Cour affirme à nouveau que les personnes homosexuelles « se trouvent dans une situation comparable à celle des personnes

⁵⁸ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Vallianatos c. Grèce* du 7 novembre 2013 (req. n° 29381/09 et 32684/09). Sur la question particulière de l'épuisement des voies de recours internes soulevée par le juge Pinto de Albuquerque dans son opinion en partie dissidente, voy. F. Laffaille, « L'arrêt *Vallianatos c/ Grèce* et la protection conventionnelle des couples homosexuels. Du contrôle de constitutionnalité des lois *in abstracto* opéré par la Cour constitutionnelle européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 2888.

⁵⁹ C.J., 12 décembre 2013, arrêt *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12.

⁶⁰ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013 (req. n° 19010/07).

⁶¹ En France, voy. la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe; en Grande-Bretagne, voy. le *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* (c. 30); aux Etats-Unis, voy. *Hollingsworth v. Perry* 570 U.S. (2013) (No. 12-144); *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013) (No. 12-307). De manière générale, E. Bribosia, I. Rorive et L. Van den Eynde, « Same-sex Marriage : Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *B.J.I.L.*, Vol. 32, No. 1, 2014.

⁶² C.J., 25 avril 2013, arrêt *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12.

⁶³ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Schalck et Kopf* du 24 juin 2010, (req. n° 30141/04) (définitif depuis le 22 novembre 2010).

⁶⁴ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Vallianatos c. Grèce* du 7 novembre 2013 (req. n° 29381/09 et 32684/09).

hétérosexuelles pour ce qui est leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple » (§ 78). Le pacte de vie commune grec, introduit en 2008⁶⁵, exclut *de facto* les couples de même sexe et la Cour en déduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle, un motif qualifié de suspect dans sa jurisprudence⁶⁶, avec pour conséquence une marge nationale d'appréciation étroite et l'exigence de « raisons particulièrement solides et convaincantes » pour justifier la différence de traitement (§ 77)⁶⁷. Et d'ajouter que « les différences motivées *uniquement* par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont *inacceptables* au regard de la Convention »⁶⁸ (§ 77). Une position de principe qui n'a pas toujours été affirmée aussi clairement par le passé⁶⁹.

Pour justifier le choix du législateur d'exclure les couples homosexuels du champ d'application de la loi sur le partenariat civil, le gouvernement grec soutient que ces couples peuvent déjà donner un cadre juridique à leur relation par la voie contractuelle et ainsi régler leur statut patrimonial. La Cour rejette fermement cette justification qui à la supposer « valable », méconnaît le fait qu'une « forme de vie commune officiellement reconnue autre que le mariage, a en soi une valeur pour les requérants, indépendamment des effets juridiques, étendus ou restreints, que celui-ci produirait » (§ 81). Le second argument avancé par le gouvernement grec est tiré de la *ratio legis* de la loi, à savoir renforcer le statut juridique des enfants nés hors mariage et répondre au fait social de l'augmentation des naissances issues de parents célibataires. Au stade de la proportionnalité, la Cour rappelle que « le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait, et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser » (§ 84). Un examen serré de la loi grecque à la lumière du rapport de la Commission nationale des droits de l'homme conduit la Cour à conclure que le pacte de vie commune qu'elle organise va bien au-delà de la question du statut des enfants nés hors mariage et discrimine les couples homosexuels. Tout en circonscrivant l'objet de sa saisine au caractère discriminatoire de la loi grecque et en se défendant de statuer sur l'existence d'une obligation générale de l'Etat grec de prévoir une forme de reconnaissance juridiques des relations entre couples de même sexe (§ 75), la Cour ouvre une brèche en ce sens : « les couples de même sexe auraient tout particulièrement intérêt à être admis au bénéfice du 'pacte de vie commune', car celui-ci leur offrirait, à la différence des couples de sexe opposé, la seule base juridique en droit grec pour revêtir leur relation d'une forme reconnue par la loi » (§ 90). Et d'appuyer cette recommandation, par « une tendance » - à défaut d'un consensus - en ce sens au sein des ordres juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe (§ 91). Parmi les dix-neuf Etats qui autorisent des formes de partenariats enregistrés autres que le

⁶⁵ Loi n° 3719/2008, entrée en vigueur le 26 novembre 2008, intitulée « Réformes concernant la famille, les enfants et la société ».

⁶⁶ Depuis l'arrêt de la Cour eur. D.H., *Salgueiro Da Silva Mouta* du 21 décembre 1999 (req. n° 33290/96) (définitif depuis le 21 mars 2000), § 36.

⁶⁷ En ce sens, voy. également la position des tiers intervenants (AIRE, CIJ, FIDH et Ilga-Europe), § 69.

⁶⁸ Notre accent. Cette formulation est reprise de l'arrêt *X et autres contre Autriche* du 19 février 2013 précité, analysé ci-après (§ 99). Comp. avec la formule, aujourd'hui célèbre, utilisée pour la première fois dans l'arrêt *Timichev c. Russie* du 13 décembre 2005 (req. n° 34369/97) (définitif depuis le 13 décembre 2006) : « La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités » (§ 56).

⁶⁹ P. Johnson, « Vallianatos Judgment on Sexual Orientation. Discrimination in Civil Partnerships », posté sur ECHR Blog, 8 novembre 2013.

mariage, la Lituanie serait la seule, aux côtés de la Grèce, à les réserver uniquement aux couples de sexe opposé (§ 91). Une information qui serait erronée s'agissant de la Lituanie qui ne prévoit aucune forme de partenariat de vie en dehors du mariage⁷⁰, mais qui laisse la Grèce d'autant plus isolée sur l'échiquier européen - sauf à remettre en cause de manière plus radicale les informations sur lesquelles la Cour européenne s'est fondée⁷¹.

B. Une assimilation progressive du mariage et du partenariat civil

L'affaire *Frédéric Hay*⁷² permet à la Cour de justice de l'Union européenne de consolider sa jurisprudence *Maruko*⁷³ et *Römer*⁷⁴ au terme de laquelle elle avait consacré une approche non formaliste et audacieuse de la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte, en jugeant que l'exigence du mariage, à l'exclusion du partenariat de vie allemand, pour l'octroi de certains avantages est constitutive d'une discrimination *directe* fondée sur l'orientation sexuelle dans un système juridique qui ne permet pas aux partenaires de même sexe de se marier⁷⁵. Pour la Cour, il revenait à la juridiction de renvoi de déterminer dans chaque hypothèse particulière si, au regard de la prestation considérée (octroi d'une pension de survie⁷⁶ ou calcul d'une pension complémentaire⁷⁷), les époux et les partenaires de vie étaient dans une situation comparable. Dans l'affirmative, la discrimination était établie.

Engagé dans un partenariat civil de solidarité (PACS) avec un autre homme en 2007, Mr Hay s'était vu refuser le bénéfice des congés rémunérés pour événements familiaux (décès du conjoint ou de proches du conjoint notamment) et la prime de mariage, au motif que ces avantages étaient, à l'époque⁷⁸, réservés par une convention collective aux salariés mariés, une institution alors uniquement accessible aux couples hétérosexuels en France⁷⁹. Relayée par les médias⁸⁰, la cause était hautement symbolique : elle avait pour défendeur le Crédit agricole, une institution bancaire bien connue qui employait 70. 000 salariés, et elle avait reçu le soutien de la HALDE⁸¹, la Haute Autorité de lutte

⁷⁰ N. Bitiukova, "Vallianatos and Others v. Greece: What is in there for Lithuania?", posté sur *Strasbourg Observers - Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 13 janvier 2014.

⁷¹ En ce sens, voy. P. Johnston, "Consensus analysis in Vallianatos and Others v Greece", posté sur *ECHR Sexual Orientation Blog*, 11 novembre 2013.

⁷² C.J., 12 décembre 2013, arrêt *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12 (l'avocat général Jääskinen a été entendu, mais l'arrêt a été rendu sans conclusions).

⁷³ C.J., 1^{er} avril 2008, arrêt *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06.

⁷⁴ C.J., 10 mai 2011, arrêt *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08.

⁷⁵ Rappelons que tant le requérant que la Commission et l'avocat général, avaient qualifié la différence de traitement de discrimination indirecte dans l'arrêt *Maruko* précité (C-267/06, § 63 ; conclusions de l'avocat général Colomer, §§ 96 et 111).

⁷⁶ Arrêt *Maruko* précité, C-267/06, § 72.

⁷⁷ Arrêt *Römer* précité, C-147/08, §§ 42 et s.

⁷⁸ Notez qu'en 2008, la même convention collective était modifiée pour supprimer cette différence de traitement (arrêt *Hay* précité, C-267/12, § 14).

⁷⁹ En France, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe, *J.O.* n° 114 du 18 mai 2013, p. 8253.

⁸⁰ Voy. notamment, sur le site du journal *Le Monde*, l'article de Claudia Courtois, « La Halde demande au Crédit agricole de supprimer les inégalités », 3 mars 2008.

⁸¹ Délibération n° 2007/366 du 11 février 2008, fondée sur la comparabilité des situations des conjoints et des partenaires liées par un PACS au regard des droits invoqués, sans que la HALDE n'aborde la question du caractère direct ou indirect de la différence de traitement.

contre les discriminations, aujourd'hui refondue dans le Défenseur des droits⁸². Les juges du fond⁸³ s'étaient toutefois écartés de la recommandation de la HALDE au motif que le Code civil français différencie le mariage du PACS et qu'*in casu*, la différence de traitement entre conjoints mariés et partenaires d'un PACS résulte d'une différence de statut découlant de leur état civil qui ne les place pas dans une situation identique, indépendamment de leur orientation sexuelle⁸⁴.

Sur un pourvoi fondé tant sur une violation du droit du travail français⁸⁵, de la directive 2000/78/CE (articles 1 à 3), que de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union aux fins de déterminer si « le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la discrimination *indirecte* »⁸⁶. Et la Cour de justice de requalifier sa saisine et de statuer sous l'angle de la discrimination *directe* pour rappeler qu' « il est requis non pas que les situations soient identiques, mais seulement qu'elles soient comparables » et que « l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée »⁸⁷. Sans laisser aucune marge d'appréciation au juge national à la différence des arrêts *Maruko* et *Römer*⁸⁸, la Cour procède elle-même à l'examen de comparabilité pour conclure : « en ce qui concerne des avantages en termes de rémunération ou de conditions de travail, tels que des jours de congés spéciaux et une prime comme ceux en cause au principal, octroyés à l'occasion de la conclusion de l'union civile qu'est le mariage, les personnes de même sexe qui, ne pouvant pas contracter un mariage, concluent un PACS se trouvent dans une situation comparable à celle des couples qui se marient »⁸⁹. La circonstance que le PACS est indépendant du sexe des partenaires, contrairement au partenariat de vie allemand, est indifférente⁹⁰. La Cour de justice cadenas également toute possibilité de justification en indiquant qu'une discrimination directe ne peut, au contraire d'une discrimination indirecte, être justifiée que « par l'un des motifs visés à l'article 2, paragraphe 5, de [la] directive [2000/78], à savoir la sécurité publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et des libertés d'autrui »⁹¹. Dans la ligne de son arrêt *Prigge*, elle rappelle que cette disposition dérogatoire au principe d'interdiction des discriminations, doit être interprétée

⁸² Le Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante inscrite dans la Constitution depuis le 23 juillet 2008 et instituée par la loi organique et la loi ordinaire du 29 mars 2011. Il regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la HALDE et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité.

⁸³ Arrêt *Hay* précité, C-267/12, §§ 17-18.

⁸⁴ Rappelons que le PACS est ouvert indifféremment aux couples hétérosexuels et homosexuels (art. 515-1 du Code civil français).

⁸⁵ Code du travail, art. L. 122-45.

⁸⁶ Arrêt *Hay* précité, C-267/12, § 19 (notre accent).

⁸⁷ Arrêt *Hay* précité, C-267/12, § 33.

⁸⁸ Comp. arrêt *Maruko* précité, C-267/06, §6 72-73 et arrêt *Römer* précité, C-147/08, § 52.

⁸⁹ Arrêt *Hay* précité, C-267/12, § 41. Cette position de la Cour nous semble de nature à réduire la portée de la décision n° 2011-155 du Conseil constitutionnel français en vertu de laquelle les couples mariés et les couples liés par un PACS ne se trouvent pas dans une situation comparable au regard du droit à une pension de réversion (QPC du 29 juillet 2011).

⁹⁰ Arrêt *Hay* précité, C-267/12, § 43.

⁹¹ Arrêt *Hay* précité, C-267/12, § 45.

restrictivement⁹². Au fil de la jurisprudence de la Cour, le statut des couples mariés et des couples unis par un partenariat de vie ne cesse ainsi de se rapprocher

C. Adoption coparentale

L'accès à l'adoption constitue un important terrain de lutte du mouvement LGBT devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, très progressivement, accepte de faire tomber certaines barrières par le truchement du principe de non-discrimination (article 14 CEDH) combiné au droit au respect à la vie privée et familiale (article 8 CEDH), sans jamais avoir reconnu pour autant un droit à l'adoption découlant en tant que tel de la Convention⁹³. En 2012, la décision d'irrecevabilité rendue dans l'affaire *Gas et Dubois*⁹⁴ avait pu surprendre, notamment par son passage sous silence de l'intérêt de l'enfant⁹⁵. Pour la Cour, les requérantes – homosexuelles pacsées dont l'une avait eu une fille par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme – ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des couples mariés quand l'adoption par le second parent est en jeu⁹⁶. Aucune différence de traitement avec un couple hétérosexuel pacsé et non marié ne peut être dénoncée puisque dans les deux cas l'adoption simple, subordonnée au lien conjugal en droit français⁹⁷, est refusée. La Cour européenne refusait ainsi de rentrer dans la logique de la discrimination indirecte (le mariage étant à l'époque défini comme l'union entre un homme et une femme en France) qui l'aurait conduite à remettre en cause son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*⁹⁸, et à imposer, par la bande, une obligation conventionnelle d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels.

En 2013, l'affaire *X et autres c. Autriche* donne à la Grande Chambre de la Cour européenne l'occasion de tempérer la portée de l'arrêt *Gas et Dubois*. Les faits sont très similaires, à ceci près que l'enfant dont l'adoption est recherchée a été reconnu par son père (qui s'oppose à l'adoption) et a été placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère qui l'élève depuis plusieurs années avec sa compagne, laquelle souhaite établir un lien juridique avec l'enfant. Quand il s'agit d'adopter l'enfant de son partenaire (adoption coparentale), le droit autrichien comporte une différence de taille avec le droit français : il l'ouvre aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou non, mais pas aux couples homosexuels⁹⁹ qui n'ont pas accès au mariage mais à un partenariat de vie depuis 2010. C'est cette différence de traitement qui est au cœur du raisonnement de la Cour et lui permet de distinguer cette affaire de l'arrêt *Gas et Dubois* (§ 131). Les requérantes avaient d'ailleurs centré leur action sur l'inégalité de traitement entre couples hétérosexuels non mariés et couples homosexuels non mariés, pour éviter l'écueil de la jurisprudence *Schalk et Kopf* et plaider habilement l'analogie avec l'affaire

⁹² C.J. (GC), 13 septembre 2011, arrêt *Reinhard Prigge e.a. c. Deutsche Lufthansa AG*, C-447/09, § 56 (la mise à la retraite d'office des pilotes d'avion à 60 ans n'est pas justifiable *in abstracto* au nom de la sécurité publique et de la protection de la santé).

⁹³ Voy. relativement à la demande d'agrément introduite, dans le cadre d'une adoption monoparentale, par une personne célibataire non pacsée ayant une relation avec une personne de même sexe : Cour eur. D.H. (GC), arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008 (req. n° 43546/02).

⁹⁴ Cour eur. D.H. (ancienne 5^e sect.), arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 (req. n° 25951/07) (définitif depuis le 15 juin 2012).

⁹⁵ Notre chronique précitée, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 306-307.

⁹⁶ Arrêt *Gas et Dubois* précité, §§ 65-68.

⁹⁷ Article 365 du Code civil français.

⁹⁸ Arrêt du 24 juin 2010 précité.

⁹⁹ Code civil autrichien (art. 182, § 2), tel que reproduit dans l'arrêt *X et autres c. Autriche* précité, § 27.

*Karner*¹⁰⁰, dans la ligne des observation présentée par le professeur R. Wintemute au nom de six parties intervenantes¹⁰¹. Cette posture leur permettait également de tourner l'argument de droit comparé à leur avantage et d'invoquer qu'à l'instar de l'Autriche, seuls quatre autres Etats membres du Conseil de l'Europe avaient ouvert l'adoption coparentale aux couples non mariés, à l'exclusion – explicite ou implicite - des couples homosexuels¹⁰².

Dans un arrêt de Grande Chambre particulièrement didactique, la Cour considère à nouveau « que la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de 'vie familiale' au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation » et que cette qualification vaut pour la cellule familiale de fait que forme un couple homosexuel et l'enfant qu'il élève (§ 95). Elle rappelle que les différences fondées sur l'orientation sexuelles doivent être justifiées « par des motifs impérieux », « des raisons particulièrement solides et convaincantes » (§ 99), ce qui ne laisse aux Etats qu'une marge d'appréciation « étroite » (§ 99) indépendamment de l'absence d'un consensus européen¹⁰³ (§ 148). On est loin d'une « ample » marge nationale « lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale », l'approche retenue s'agissant de l'accès au mariage¹⁰⁴. Visiblement animée par un souci de cohérence, la Cour européenne revisite sa jurisprudence concernant les demandes d'adoption par des personnes homosexuelles : à son actif, deux arrêts relatifs à des demandes d'adoption monoparentales (le second revenant sur la position du premier)¹⁰⁵, l'arrêt *Gas et Dubois* pour une demande d'adoption coparentale et aucune décision sur une demande d'adoption conjointe (§§ 102-104). Sur la question de savoir si les requérantes se trouvent dans une situation comparable à un couple marié, la réponse est négative, dans la foulée de l'arrêt *Gas et Dubois* (§ 106), mais, rappelons-le, ce n'est pas l'angle choisi

¹⁰⁰ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003 (req. n° 40016/98) (définitif depuis le 24 octobre 2003), lequel concernait le droit à la transmission du bail reconnu aux couples hétérosexuels mariés, mais pas aux couples homosexuels.

¹⁰¹ La Fédération internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH), la Commission internationale de juristes (CIJ), la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), la British Association for Adoption and Fostering (BAAF), le Network of European LGBT Families Associations (NELFA), et l'European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL) (arrêt *X et autres c. Autriche* précité, §§ 7 et 78).

¹⁰² Arrêt *X et autres c. Autriche* précité, § 64. Remarquez qu'au moment où la Cour statue, sur 39 Etats membres du Conseil de l'Europe, 11 pays permettent l'adoption coparentale aux couples non mariés (arrêt *X et autres c. Autriche* précité, § 56 et l'étude menée à l'initiative du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », éd. du Conseil de l'Europe, juin 2011).

¹⁰³ Au vu du nombre limité d'Etats membres ouvrant l'adoption coparentale aux couples non mariés (voy. la note précédente), « la Cour est d'avis que l'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe. » (arrêt *X et autres c. Autriche* précité, § 149). Dans une opinion dissidente commune, sept juges dénoncent la méthode « étrange » et « trop technique » de la Cour sur ce point (§§ 12 -15 de l'opinion dissidente). Voy. aussi S. Smet, « X. and Others v. Austria (Part II) : A Narrow Ruling on a Narrow Issue », posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 6 mars 2013.

¹⁰⁴ Arrêt *Gas et Dubois* précité, § 60, reprenant l'arrêt *Schalk et Kopf* précité, § 97.

¹⁰⁵ Cour eur. D.H. (ancienne 3^e sect.), arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002 (req. n° 36515/97) (définitif depuis le 26 mai 2002) ; arrêt *E.B. c. France* précité du 22 janvier 2008.

par celles-ci¹⁰⁶. La comparabilité est, par contre, établie, quand elle porte sur un couple homosexuel et sur un couple hétérosexuel dont l'un des membres souhaite adopter l'enfant de l'autre partenaire (§§ 111-112). Le contrôle de la Cour s'exerce alors quant à l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Si celle-ci est bien présente en droit autrichien, elle serait sans effet *in casu* : d'après le Gouvernement, la demande d'homologation de la convention d'adoption aurait été rejetée parce ce qu'elle ne servait pas l'intérêt de l'enfant et que le père biologique s'y opposait (§ 117). Au terme d'un raisonnement minutieux ancré dans les faits de l'espèce, la Cour démonte cette thèse pour conclure que c'est bien le Code civil autrichien qui constitue un obstacle juridique à l'adoption coparentale au sein d'un couple homosexuel alors qu'elle est ouverte aux couples hétérosexuels non mariés (§§ 118-131). Quant au point de savoir si cette différence de traitement est discriminatoire, la Cour l'examine à l'aune des objectifs légitimes que sont la protection de la famille traditionnelle – qu'elle juge « assez abstrait » (§ 139) – et de l'intérêt supérieur de l'enfant. La droit autrichien ne passe pas la rampe du contrôle de proportionnalité, notamment parce qu'il « paraît manquer de cohérence » en autorisant l'adoption par une seule personne indépendamment de son orientation sexuelle et en exigeant le consentement du partenaire si le candidat adoptant se trouve dans les liens d'un partenariat enregistré, une institution réservée aux couples homosexuels en Autriche (§ 144). Pour la Cour, les autorités autrichiennes ne peuvent à la fois admettre qu'un enfant puisse grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel et considérer que cette situation est préjudiciable à l'intérêt de l'enfant. Au contraire, la protection de ce dernier appelle la reconnaissance juridique de la famille de fait que forment les requérantes. Dans son arrêt, la Cour ne reprend pas explicitement à son compte la position récente de la Cour interaméricaine des droits de l'homme développée par plusieurs tiers intervenants suivant laquelle « l'orientation sexuelle fait partie de l'intimité d'une personne et n'a pas à entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne a les qualités requises pour être parent »¹⁰⁷. Elle indique néanmoins que « le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant. Il concède au contraire que, en termes de personnes, les couples homosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes que les couples hétérosexuels à l'adoption. » (§ 142).

Dans *X et autres c. Autriche*, la Cour est restée extrêmement prudente : d'une part, elle a restreint la portée de son arrêt au cas de discrimination qui lui était soumis et s'est défendue de traiter de la question générale de l'adoption coparentale ou conjointe par des couples homosexuels (§ 134) ; d'autre part, elle a exercé son contrôle sur le droit positif autrichien, non pas sur la question factuelle de savoir si la demande d'adoption aurait dû être accueillie *in casu*, nonobstant l'opposition du père biologique (§§ 132 et

¹⁰⁶ Notez que comme dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Gas et Dubois* précité, le juge Spielmann considère, dans une opinion concordante à l'arrêt *X et autres c. Autriche* précité, que les requérantes se trouvent bien dans une situation comparable à celle d'un couple marié.

¹⁰⁷ C.I.A.D.H., arrêt *Atala Riffo et filles c. Chili* du 24 février 2012, Série C n° 239. Sur cet arrêt, le premier de la Cour interaméricaine relatif à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et la décision d'interprétation rendue le 21 novembre 2012 (Série C n° 254), voy. C. Gonzalez-Palacios, « Egalité devant la loi : droit d'une personne homosexuelle de conserver la garde de ses enfants », in *Lettre "Actualités Droits-libertés" du CREDOF*, 25 mars 2012 ; « Discrimination selon l'orientation sexuelle: conditions paradoxales d'indemnisation d'un enfant », in *Lettre "Actualités Droits-libertés" du CREDOF*, 23 février 2013. Voy. arrêt *X et autres c. Autriche* précité, § 78 et 88.

152). L'importance de cet arrêt relativement à la redéfinition progressive de la « famille traditionnelle » n'a toutefois pas échappé aux sept juges dissidents qui, dans une opinion commune, fustigent la position de la majorité en dénonçant une interprétation évolutive qui ne concernerait pas « les conditions de vie actuelles », mais « celles de demain »¹⁰⁸.

D. Charge de la preuve

L'on se souviendra que dans l'affaire *Feryn* initiée par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, l'avocat général Maduro entamait ses conclusions par ces mots : « A l'inverse de ce que prétend la sagesse traditionnelle, les mots peuvent blesser. Mais peuvent-ils aussi être constitutifs de discrimination? »¹⁰⁹. C'est ce qu'il s'attellera à démontrer, suivi par la Cour de justice de l'Union pour qui les déclarations par lesquelles un employeur fait savoir publiquement que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'engagera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique ou raciale pour « répondre aux exigences [de ses] clients », sont des faits de nature à faire présumer une politique d'embauche directement discriminatoire¹¹⁰.

Cinq ans plus tard, l'affaire *Accept*¹¹¹ se pose presque en sœur jumelle de la première. George Becali, homme politique très polémique et riche homme d'affaires roumain aujourd'hui emprisonné dans une affaire de corruption¹¹², avait fait des déclarations fracassantes dans les médias aux termes desquelles il s'opposait fermement au transfert d'un footballeur professionnel au Steaua Bucarest, l'un des plus grands clubs de football de Roumanie dont il était actionnaire, en raison de l'orientation sexuelle supposée de ce dernier¹¹³. Le transfert n'eut pas lieu et l'association *Accept*, une organisation non-gouvernementale dont l'objet est de promouvoir et de protéger les droits des personnes lesbiennes, gay, bisexuelles et transsexuelles, porta plainte tant contre Mr Becali que contre le club Steaua Bucarest pour discrimination directe à l'embauche fondée sur l'orientation sexuelle. Comme l'a notamment confirmé Mme Ionescu, en qualité d'avocate de *Accept*, il s'agissait, dans la ligne du Centre pour l'égalité des chances dans l'affaire *Feryn*, d'une action stratégique, au vu tant de l'intérêt populaire pour le monde du football où les discriminations racistes et homophobes sont légion que de l'importance médiatique de Mr Becali, député européen à l'époque, et qui n'en était pas à son premier dérapage verbal¹¹⁴. Il est utile de relever qu'en droit roumain, une

¹⁰⁸ Opinion dissidente à l'arrêt *X. et autres c. Autriche* précité, § 23.

¹⁰⁹ Conclusions dans l'affaire *Feryn* citée à la note suivante, C-54/07, § 1.

¹¹⁰ C.J., 10 juillet 2008, arrêt *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, C-54/07, §§ 18 et 31.

¹¹¹ C.J., 25 avril 2013, arrêt *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12 (l'avocat général Jääskinen a été entendu, mais l'arrêt a été rendu sans conclusions).

¹¹² Voy., par exemple, sur le site de Reporters sans frontières: « Dérapage scabreux du député européen George Becali », 15 mars 2010; sur le site de Presseurope, « Gigi Becali, trois ans ferme dans le dossier 'Valise' », 5 juin 2013 ; sur le site du courrier international: « Gigi Becali dans la dèche au ... stade de foot », 17 janvier 2014

¹¹³ « Quitte à dissoudre le Steaua, je ne prendrai pas un homosexuel dans l'équipe! Il n'est peut-être pas homosexuel. Mais s'il l'est? Dans ma famille on ne veut rien avoir à faire avec un homosexuel et le [FC Steaua] est ma famille. Plutôt que d'avoir un homosexuel sur le terrain, mieux vaut que nous prenions un joueur de l'équipe junior. Pour moi ce n'est pas de la discrimination. Personne ne peut m'obliger à travailler avec qui que ce soit. Moi aussi j'ai le droit de travailler avec qui je veux, tout comme eux ont aussi des droits » (arrêt *Accept* précité, C-81/12, § 35).

¹¹⁴ Information recueillie à l'occasion de la conférence annuelle des réseaux européens d'experts en matière de lutte contre la discrimination, organisée au nom de la DG Justice de la Commission européenne

association dispose du droit d'agir en justice, indépendamment du consentement de la victime si le cas d'espèce est susceptible d'avoir une incidence sur un groupe de personnes ou sur une communauté¹¹⁵. En première instance, le Conseil national de lutte contre les discriminations, l'organisme de promotion de l'égalité de traitement roumain, rejeta l'action à l'encontre du club de football au motif que Mr Becali, actionnaire du club, n'était pas en charge de sa politique de recrutement. Les propos de Mr Becali furent qualifiés de harcèlement et il reçut un simple avertissement, une sanction contraventionnelle ne pouvant plus être prononcée par cet organisme à l'expiration du délai de prescription de six mois à compter de la date du déroulement des faits. *Accept* porta alors l'affaire devant la Cour d'appel de Bucarest pour mettre en cause le caractère non dissuasif de cette sanction purement administrative¹¹⁶ ainsi que le blanchiment du Steaua Bucarest, alors que dans les médias, Mr Becali était perçu et se présentait comme le dirigeant du Steaua Bucarest, même s'il ne l'était pas *de jure*.

C'est dans ce contexte que l'affaire remonta devant la Cour de justice. Il s'agissait d'abord de déterminer si la charge de la preuve peut basculer sur le club de football alors même que les propos discriminatoires sont formulés par une personne qui ne dispose pas de la capacité juridique de le représenter ou de le lier en matière d'embauche mais qui, étant donné ses liens étroits avec ce club, pourrait influencer de façon décisive la politique d'embauche du club ou, à tout le moins être perçue, dans les médias comme dans la société, comme étant le principal dirigeant de ce club¹¹⁷. La Cour répond par l'affirmative et précise ainsi sa jurisprudence *Feryn* (§§ 47 et s.), confirmant l'approche non formaliste et fidèle à l'effet utile, qui est généralement la sienne dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement. Bien évidemment, il appartient à la juridiction nationale de renvoi d'apprécier les faits *in casu*, mais la Cour relève, au titre des éléments pertinents, que le club n'a pas « pris clairement ses distances » avec « les déclarations suggestives de l'existence d'une politique d'embauche homophobe » (§§ 49-50). N'est par contre pas de nature à renverser la présomption de discrimination, l'absence de négociation en vue du recrutement du sportif présenté comme étant homosexuel (§ 52). Le second jeu de questions préjudicielles permet à la Cour d'articuler le principe de l'aménagement de la charge de la preuve avec le droit au respect de la vie privée. Le club Steaua Bucarest n'est-il pas acculé à fournir une preuve impossible à savoir montrer que sa politique de recrutement est établie sur des facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ? La Cour est à nouveau très pragmatique sur ce point et indique que pour renverser la présomption de discrimination, il n'est pas nécessaire de ramener une telle preuve susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie privée¹¹⁸. C'est une appréciation globale des faits de la cause qui doit guider l'instance nationale : existe-t-il un faisceau d'indices concordants pour réfuter l'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ? Aurait pu

sous le titre *Equality Law: What kind of Equality?*, et à l'occasion de laquelle Mme Ionescu a présenté le cas *Accept* et ses rétroactes (Bruxelles, 29 novembre 2013).

¹¹⁵ Ordonnance gouvernementale n° 137, du 31 août 2000, concernant la prévention et la sanction de toutes formes de discrimination, telle que modifiée et complétée ultérieurement (art. 28, § 1, reproduit dans l'arrêt *Accept* précité, C-81/12, § 19).

¹¹⁶ Notez que la Cour de justice considérera qu'« une sanction purement symbolique ne saurait être considérée comme compatible avec la mise en œuvre correcte et efficace de la directive 2000/78 » (arrêt *Accept* précité, C-81/12, § 64).

¹¹⁷ Détermination de la portée de l'article 10 de la directive 2000/78/CE relatif à la "Charge de la preuve".

¹¹⁸ En ce sens, voy. C.J., 19 avril 2012, arrêt *Galina Meister*, C-415/10 et notre commentaire dans notre précédente chronique, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, p. 327.

figurer parmi de tels indices, une prise de distance claire du club de football par rapport aux déclarations publiques de son mentor. L'on voit ainsi la Cour recourir à l'image du faisceau d'indices non pas uniquement pour faire basculer la charge de la preuve et établir faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, mais aussi pour apprécier la pertinence des moyens de justification.

III. RACE ET ORIGINE ETHNIQUE

En 2013, les Roms se retrouvent à nouveau au cœur du contentieux sur la discrimination raciale et ethnique en Europe¹¹⁹. De nombreuses affaires illustrent ainsi l'hostilité à laquelle les membres de la plus importante minorité d'Europe doivent faire face¹²⁰ (A). Du reste, la Cour européenne des droits de l'homme souligne, depuis près de 15 ans, la vulnérabilité particulière des Roms¹²¹ qui, pour trois Européens sur quatre, forment un groupe présentant un risque de discrimination, selon la dernière enquête d'Eurobaromètre¹²². L'importance du contentieux les concernant résulte aussi de plusieurs actions stratégiques, menées à l'instigation d'organisations non gouvernementales, qui, en 2013, se sont soldées par des victoires judiciaires retentissantes devant la Cour européenne des droits de l'homme, tant dans le domaine scolaire (B) que dans celui du logement (C). La Cour de justice de l'Union européenne, offre ici un contraste saisissant de retenue en se déclarant incompétente dans une affaire très attendue de discrimination ethnique indirecte¹²³, laquelle aurait constitué une première dans sa jurisprudence (D).

A. – Dissolution d'un mouvement hostile à la communauté rom

Dans un contexte d'accroissement du racisme et de l'intolérance à l'égard des Roms en Hongrie, dénoncé tant par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies que par la

¹¹⁹ Le contentieux relatif à la délicate articulation entre liberté d'expression et discours de haine, encore relancé par l'arrêt rendu dans l'affaire *Perincek c. Suisse* (Cour eur. D.H., (2^e sect.), arrêt *Perincek c. Suisse* du 17 décembre 2013, (req. n° 27510/08)), qui juge contraire à la liberté d'expression la condamnation pénale infligée à un ressortissant turc pour négationnisme relatif au génocide arménien, est plus diversifié quant aux groupes ethniques visés (Nicolas Hervieu, « Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 janvier 2014). Ce contentieux ne fait toutefois pas l'objet d'un commentaire spécifique dans cette chronique mais bien dans celle de F. Dubuisson (« Société de l'information, médias et liberté d'expression », *J.E.D.H.*, 2013, n° 3, pp. 460-486 ; voy. aussi l'édition 2014 de cette dernière chronique). Quant aux discriminations dont font l'objet les Tchéchènes, voy. Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Sabanchiyeva e. a c. Russie*, 6 juin 2013 (req. n° 38450/05) (définitif depuis le 6 septembre 2013) ; Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Maskhadova e. a c. Russie*, 6 juin 2013 (req. n° 18071/05) (définitif depuis le 7 octobre 2013).

¹²⁰ Leur population compte de 10 à 12 millions en Europe, dont près de 6 millions vivent dans l'Union européenne (Eurobaromètre spécial, « Discrimination dans l'UE en 2012 », janvier 2013, Résumé, p. 23).

¹²¹ Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Lavida c. Grèce* du 30 mai 2013, (req. n° 7973/10), (définitif depuis le 30 août 2013), § 62 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *D.H. c. République Tchèque* du 13 novembre 2007, (req. n° 57325/00), §§ 181-182 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, (req. n° 27238/95), § 96. Pour une approche systématique et critique de ce concept de « groupe vulnérable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. L. Peroni & A. Timmer, « Vulnerable groups : The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law », *I.CON* (2013), Vol. 11, No. 4, pp. 1056-1085.

¹²² Eurobaromètre spécial, « Discrimination dans l'UE en 2012 », *op. cit.*, p. 25.

¹²³ C.J., 31 janvier 2013, arrêt *Valeri Hariev Belov contre CHEZ Elektro Bulgaria A, & Co*, C- 394/11.

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance¹²⁴, les juridictions hongroises ont prononcé la dissolution d'un mouvement menant des activités hostiles à l'égard des Roms, ainsi que de l'association politique à laquelle il était rattaché. Dans l'affaire *Vona contre Hongrie*¹²⁵, la Cour européenne des droits de l'homme conclut, à l'unanimité, à l'absence de violation de la liberté d'association (article 11 CEDH), que dénonçait le président de cette association¹²⁶.

La Cour se fonde sur sa jurisprudence relative à la dissolution des partis politiques dont les activités constituent une menace pour la démocratie, tout en prenant soin de distinguer les organisations sociales qui n'ont pas systématiquement une capacité d'influence sur la prise de décision politique, ce qui laisse une marge d'appréciation plus ample aux Etats (§ 56 et 58). Dans la délicate mise en balance de la liberté d'association et de la protection des droits d'autrui (ici, les Roms), la Cour souligne que l'Etat est habilité à prendre des mesures préventives en cas de danger imminent et d'atteinte aux valeurs fondatrices de la démocratie, au rang desquelles figure « la cohabitation des membres de la société sans ségrégation raciale » (§ 57). Or, en l'espèce, la Garde hongroise avaient procédé à de multiples reprises à des marches paramilitaires anti-Roms, parfois dans des villages peuplés principalement par des membres de cette communauté, en appelant à la défense des « hongrois ethniques » contre la « criminalité des gitans » (§ 59). Pour la Cour, l'expression d'idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent »¹²⁷ est ici dépassée. Ce genre d'intimidation constitue une véritable « menace » (§ 31) qui légitime une interférence dans la liberté d'association en vue de protéger les membres du groupe vulnérable identifiés sur une base ethno-raciale (§ 66). La dissolution du groupement, mesure radicale s'il en est, est jugée proportionnée notamment au motif que la passivité des autorités hongroises aurait pu être perçue par la population comme une légitimation étatique de ce type d'action, rendant l'imminence du danger d'autant plus aigüe (§ 71).

Ce dernier volet du raisonnement renvoie à la frontière étroite entre la possibilité ou l'obligation pour un Etat d'intervenir préventivement en dissolvant un mouvement dont les activités constituent une menace pour les personnes d'une minorité ethnique vulnérable. C'est sous cet angle que le juge Pinto de Albuquerque a rédigé son opinion concordante. Embrayant sur la tierce intervention du *European Roma Right Centre* (§ 48), il va un pas plus loin que la Cour en défendant, selon une approche intégrée et holistique, que l'Etat hongrois avait non seulement le droit mais également le devoir de dissoudre l'association anti-Roms. Ainsi, en se fondant sur un nombre important de conventions internationales et d'instruments européens de *hard* ou de *soft law*, il dégage

¹²⁴ Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Vona c. Hongrie* du 9 juillet 2013, (req. n° 35943/10) (définitif depuis le 9 décembre 2013), §§ 26-27.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Alors que le gouvernement hongrois avait plaidé l'irrecevabilité sur la base de l'abus de droit (article 17 de la CEDH), la Cour choisit d'examiner l'affaire au fond. Elle écarte l'argument d'irrecevabilité au motif que les activités de l'association ne révèlent *prima facie* aucun acte visant à la destruction des droits et libertés garantis dans la Convention ni l'intention des membres de l'association de réaliser l'apologie ou la propagande en faveur de vues totalitaires (§§ 33-39). Pour une appréciation critique de cette partie du raisonnement, voy. Sébastien Pompey, « Conventiounnalité de la dissolution d'une association organisatrice de marches semi-militaires hostiles aux Roms », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 juillet 2013. Voy aussi Cour eur. D.H., (2^e sect.), arrêt *Perincek c. Suisse*, *op. cit.*, §§ 42-54.

¹²⁷ La Cour relève que l'ensemble de ces marches d'intimidation, organisées pour endiguer la criminalité des Roms est capable de « mettre en œuvre une politique de ségrégation raciale » et peut être vue comme « la première étape dans la réalisation d'un certain 'law and order', qui est raciste par essence » (§ 69).

une obligation pour les Etats de « criminaliser toute forme de dissémination du racisme, de la xénophobie ou de l'intolérance ethnique, d'interdire toute assemblée et de dissoudre tout groupe, organisation, association ou parti qui les promeuvent ». A son estime, le consensus large et durable sur la question fonde un principe de droit international coutumier, obligatoire pour tous les Etats et ne permettant aucune dérogation.

Dans la ligne de ce raisonnement, quoique sans référence au droit coutumier, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a été très explicite sur l'existence d'obligations positives en la matière. Il a condamné l'Allemagne, dans l'affaire *Union turque de Berlin-Brandebourg*¹²⁸ où un membre du directoire de la Banque centrale allemande n'avait pas vu sa responsabilité pénale engagée pour incitation à la haine raciale, en raison des propos tenus lors d'un entretien dans une revue culturelle allemande (§ 2.1). De l'avis du Comité, ces propos, particulièrement dénigrant à l'égard de la population turque, sont « porteurs d'idées de supériorité raciale au sens de l'article 4 de la Convention sur l'élimination des discriminations raciales, en ce qu'ils dénie à des êtres humains le respect qui leur est dû et dépeignent la population turque en lui attribuant des caractéristiques négatives généralisées » (§ 12.6). Dès lors, en écartant la responsabilité pénale au motif qu'il n'y avait pas d'incitation à la haine raciale ni de risque de causer un trouble à l'ordre public, l'Allemagne a manqué à son obligation « de procéder à une enquête effective » visant à déterminer si les propos litigieux étaient assimilables à la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale (§ 12.8). Le Comité relève que le critère d'ordre public ne constitue pas une « transposition » adéquate de la Convention dans la mesure où les propos incitant à la haine raciale doivent être interdits indépendamment de l'existence d'un trouble à celui-ci (§ 12.8).

B. - Ségrégation scolaire

Plusieurs condamnations emblématiques de la Cour européenne des droits de l'homme et des dénonciations régulières par les organismes internationaux et européens de protection des droits de l'homme¹²⁹ n'ont pas mis un terme à la ségrégation scolaire des enfants roms dans de nombreux pays européens. En 2013, la Cour livre deux nouvelles condamnations pour discriminations fondées sur l'origine ethnique dans l'accès à l'enseignement fondamental, qui s'inscrivent dans la ligne des précédents *D.H. c. République tchèque*¹³⁰ et *Orsus c. Croatie*¹³¹.

L'affaire *Lavida*¹³² se solde par une troisième condamnation de la Grèce en la matière, témoignage des difficultés, voire des réticences, à mettre en œuvre les arrêts précédents¹³³. Et la Cour de souligner que, même en l'absence de toute intention

¹²⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Union turque de Berlin Brandebourg (TBB) c. Allemagne*, communication n° 48/2010, déc. du 26 février 2013 (CERD/C/82/D/48/2010).

¹²⁹ Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Horvath et Kiss c. Hongrie* du 29 janvier 2013, (req. n° 11146/11), (définitif depuis le 29 avril 2013), §§ 72-76.

¹³⁰ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *D.H. c. République Tchèque*, *op. cit.*

¹³¹ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Orsus c. Croatie* du 16 mars 2010, (req. n° 15766/03).

¹³² Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Lavida c. Grèce* du 30 mai 2013, (req. n° 7973/10), (définitif depuis le 30 août 2013).

¹³³ Voy. déjà en 2008, Cour eur. D.H., arrêt *Sampanis et autres c. Grèce* du 5 juin 2008, (req. n° 32526/05) et, l'an dernier, Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Sampani c. Grèce* du 11 décembre 2012, (req. n° 59608/09), (définitif depuis le 29 avril 2013). Notez que dans cet arrêt de 2012, la Cour avait, à la demande des

discriminatoire de l'Etat, son défaut d'engagement dans des mesures antiségrégationnistes effectives¹³⁴, notamment sous l'influence de l'opposition manifestée par les parents d'élèves non Roms, ôte toute justification objective à la pérennisation d'une école publique exclusivement fréquentée par des enfants roms (§ 73).

La seconde affaire, *Horvath et Kiss c. Hongrie*¹³⁵, résulte d'un véritable contentieux stratégique, initié en Hongrie par une membre du Parlement européen d'origine rom, Viktória Mohácsi¹³⁶, relayée par deux associations de protection des droits des Roms – *Chance for Children Foundation* (CFCF) et *European Roma Rights Centre* (ERRC). Cette mobilisation visait à dénoncer le système de tests scolaires, culturellement biaisés, qui conduisait à diagnostiquer erronément de nombreux enfants d'origine rom comme souffrant d'un handicap mental et à les placer dans des écoles spéciales en les isolant du reste de la population. Les requérants furent recrutés par des experts dans un échantillon de 60 enfants et, en 2005-2006, cinq affaires furent introduites devant les juridictions civiles hongroises. *Horvath & Kiss* fut la seule à remporter un succès devant au moins l'une des juridictions nationales saisies (§§ 35-54) et c'est pourquoi elle fut portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, avec le soutien des deux associations¹³⁷.

Dans la ligne de l'arrêt de Grande chambre, *D.H. c. République tchèque*, mais cette fois à l'unanimité, les juges de la deuxième chambre ont condamné la Hongrie pour discrimination dans l'accès à l'enseignement (article 2 du Protocole 1 combiné à l'article 14 de la CEDH). Après avoir rappelé la grande vulnérabilité de cette minorité qui appelle à lui conférer une protection spéciale (§ 102), la Cour nous paraît franchir un nouveau pas en insistant sur les obligations positives - plus uniquement procédurales - qui pèsent sur les autorités publiques de « mettre fin à une histoire de ségrégation raciale dans les écoles spéciales » (notre traduction, §§ 104 et 127)¹³⁸. Contrairement à la plaidoirie très convaincante des requérants, nourrie d'abondantes références au droit de l'Union européenne¹³⁹, la Cour ne conclut pas à l'existence d'une discrimination directement fondée sur l'origine ethnique. La qualification de discrimination indirecte (§ 105 et 110-111), certainement moins stigmatisant pour les autorités nationales mises en cause¹⁴⁰, est maintenue et les justifications avancées par les autorités hongroises sont

requérants, indiqué, au titre de l'article 46 de la CEDH, certaines mesures concrètes de nature à mettre un terme à la violation constatée (§ 128).

¹³⁴ La Cour indique notamment la possibilité de répartir les élèves roms dans des classes mixtes d'autres écoles de la localité ou de procéder à un redécoupage de la carte scolaire (§ 73).

¹³⁵ Cour eur. D.H. (2^e sect.) arrêt *Horvath et Kiss c. Hongrie* du 29 janvier 2013, (req. n° 11146/11), (définitif depuis le 29 avril 2013).

¹³⁶ Elle fut élue au Parlement européen de 2005 à 2009 et membre du Groupe Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe.

¹³⁷ Voy. les informations disponibles sur le site du ERRC.

¹³⁸ L. Peroni & A. Timmer, « Vulnerable groups : The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law », *op. cit.*, p. 1079.

¹³⁹ Les requérants défendaient notamment qu'ils avaient fait l'objet d'une discrimination directement fondée sur leur origine ethnique au motif que les autorités hongroises n'avaient pas pris en compte leurs spécificités culturelles et ethniques dans l'élaboration des tests aboutissant au placement dans des écoles spéciales et n'avaient donc pas garanti un traitement différent de situations différentes (deuxième facette de l'égalité). Consultez l'intégralité de la requête sur le site de l'ERRC.

¹⁴⁰ C'est l'hypothèse formulée par Lilla Farkas, conseil dans l'affaire *Horvath and Kiss*, qui affirme, sur le blog « Strasbourg Observers » : « one may think that the only reason why indirect discrimination was

rejetées. Les nombreuses références au droit de l'Union européenne et, plus particulièrement, à la directive 2000/43/CE relative à l'égalité raciale, faites dans les thèses développées par les requérants, ne sont pas fortuites. Au-delà de l'intérêt d'une approche harmonisée des concepts par les deux juridictions européennes, notamment dans la perspective de la future adhésion de l'Union à la Convention, il s'agissait d'une tentative d'importer le régime du droit de l'Union européenne qui ne tolère aucune justification pour des différences de traitement fondées directement sur l'origine ethnique¹⁴¹. Autre indice d'une approche intégrée des différents motifs de discrimination dans cette affaire où la ségrégation raciale reposait sur un système de ségrégation des enfants souffrant d'un handicap mental, la Cour insiste, dans un *obiter dictum*, sur la marge d'appréciation étroite dont dispose l'Etat quand il apporte des restrictions aux droits fondamentaux des personnes souffrant d'un handicap mental, en raison de leur vulnérabilité et des préjugés dont elles ont été l'objet au travers de l'histoire (§ 128).

C. - Mode de vie des Gens du voyage et accès au logement

C'est dans un contexte de condamnations répétées de la France par les instances internationales et européennes, pour discrimination des Gens du voyage dans l'accès au logement¹⁴², qu'intervient l'arrêt *Winterstein*¹⁴³, première condamnation de la France en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme prononcée à l'unanimité par les juges de la cinquième chambre. Cet arrêt s'inscrit dans la droite ligne des condamnations prononcées par le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe¹⁴⁴ qui, faute de moyens coercitifs suffisants, sont restées ineffectives et n'ont pas engendré de modifications substantielles du cadre juridique français et de la pratique y relative¹⁴⁵. Tel un *leitmotiv* dans la jurisprudence relative aux Roms et aux Gens du voyage, le cœur du raisonnement s'articule autour de la vulnérabilité de ces personnes qui engendre des obligations positives dans le chef des autorités, tenues d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre et de préserver leur identité culturelle (§ 148 et § 160). A l'instar de son arrêt *Yordanova c. Bulgarie*¹⁴⁶ qui concernait des expulsions massives de Roms de campements occupés depuis des décennies, c'est en se fondant notamment sur l'appartenance des requérants à une minorité vulnérable que la Cour restreint la marge nationale d'appréciation. Il en résulte un renforcement du contrôle relatif à la proportionnalité des mesures d'expulsion de campements illicites, intervenues, *in casu*, selon la Cour, sans les garanties procédurales suffisantes et sans que leurs besoins spécifiques en matière de relogement aient été pris en compte (§§

found is political – because this form of discrimination is seen as NOT intentional » (A. Timmer, « Horváth and Kiss v. Hungary: a strong new Roma school segregation case », posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 6 février 2013).

¹⁴¹ Excepté, bien évidemment, l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, non applicable en l'espèce (art. 4, § 1 de la directive 2000/43/CE).

¹⁴² Cour eur. D.H. (5^e sect.), arrêt *Winterstein e. a. c. France* du 17 octobre 2013, (req. n° 27013/07) (définitif depuis le 17 janvier 2014), §§ 80-101.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ La plus récente, intervenue en janvier 2012, fut commentée dans l'édition 2012 de cette chronique (C.E.D.S., *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage c. France*, R.C 64/2011, déc. du 24 janvier 2012).

¹⁴⁵ A. Billard, J.-Ph. Foegle, T. Martin & A. Tamouza, « Un cinglant désaveu de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de logement des gens du voyage », in *Lettre "Actualités Droits-libertés" du CREDOF*, 5 décembre 2013.

¹⁴⁶ Cour eur. D.H. (4^e sect.), arrêt *Yordanova c. Bulgarie* du 24 avril 2012 (req. n° 25446/06) (définitif depuis le 24 septembre 2012).

149-167)¹⁴⁷. Si la Cour s'est donc appuyée sur la vulnérabilité des Gens du voyage, notamment au plan socio-économique, pour aboutir au constat de violation de l'article 8 de la Convention, cette vulnérabilité ne semble pas avoir compté au stade de l'examen d'une éventuelle discrimination, puisque, comme dans l'affaire *Yordanova* ou dans l'affaire *V.C.* concernant la stérilisation forcée des femmes roms¹⁴⁸, la Cour refuse d'examiner le grief tiré de la discrimination (§ 179). C'est ce que dénonce d'ailleurs la juge Power-Forde, dans son opinion en partie dissidente, pour qui « lorsque les autorités de l'Etat ont connaissance de traitements inacceptables faits à une minorité vulnérable par le biais de plaintes individuelles sérieuses corroborées par des rapports de nombreux organes de surveillance indépendants, (...) ces autorités doivent exercer une vigilance accrue afin de rechercher si la discrimination, directe ou indirecte, joue un quelconque rôle dans le problème en cause ».

D. - Discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique rom dans l'offre de services d'électricité : une occasion manquée devant la Cour de justice de l'Union européenne

Si l'Union européenne n'est pas restée inactive relativement à la minorité Rom sur son territoire¹⁴⁹, l'affaire *Belov*¹⁵⁰, première opportunité pour la Cour de justice de se prononcer sur des allégations de discrimination dont seraient victimes les Roms dans l'offre de services d'électricité, fut une occasion manquée¹⁵¹. Saisie de plusieurs questions préjudicielles par la Commission bulgare pour la protection contre les discriminations visant, en substance, à établir s'il est discriminatoire de placer les compteurs électriques dans des quartiers majoritairement peuplés par des Roms à une hauteur plus élevée que dans les autres quartiers, les rendant de ce fait difficilement accessibles pour les contrôles de la consommation¹⁵², la Cour de justice botte en touche et se déclare incompétente. A la différence de ce que défendait l'avocate générale Kokott, elle ne considère pas l'organe de renvoi comme une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE, mais bien comme un organe administratif¹⁵³. L'impact négatif d'une telle décision sur les organismes de promotion de l'égalité de traitement, dont la création est pourtant obligatoire pour les Etats en vertu de la directive 2000/43/CE (article 13)¹⁵⁴ est mis en exergue par Matthias Moschel qui dénonce le risque que les victimes et les associations de protection contre la discrimination ne se détournent de

¹⁴⁷ L. Peroni & A. Timmer, « Vulnerable groups : The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law », *op. cit.*, pp. 1079-1080.

¹⁴⁸ Cour eur. D.H. (anc. 4^{ème} sect.), arrêt *V.C. c. Slovaquie* du 8 novembre 2011 (req. n° 18968/07) (définitif depuis le 8 février 2012). Voy. aussi les arrêts commentés dans notre précédente chronique, *J.E.D.H.*, n° 2, p. 317 : Cour eur. D.H. (anc. 4^{ème} sect.), arrêt *N.B. c. Slovaquie* du 12 juin 2012 (req. n° 29518/10) (définitif depuis le 12 septembre 2012) ; Cour eur. D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *I.G., M.K et R.H. c. Slovaquie* du 13 novembre 2012, (req. n° 15966/04) (définitif depuis le 29 avril 2013).

¹⁴⁹ W. Guy, « EU initiatives on Roma : Limitations and ways forward », in Sigona & Trehan (eds), *Romani Politics in contemporary Europe*, Palgrave, MacMillan, 2009, pp. 23-50.

¹⁵⁰ C.J., 31 janvier 2013, arrêt *Valeri Hariev Belov contre CHEZ Elektro Balgaria A, & Co*, C- 394/11. Voy. surtout les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 20 septembre 2012.

¹⁵¹ Pour un commentaire critique, voy. Mathias Möschel, « Race discrimination and access to the European Court of Justice: Belov », *Common Market Law Review* 2013, pp. 1433-1450.

¹⁵² C.J., 31 janvier 2013, arrêt *Belov*, *op. cit.*, §§ 19-30.

¹⁵³ *Ibidem*, §§ 37-55.

¹⁵⁴ 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 (*JO*, L 180, p. 22).

ces organismes, à tout le moins dès lors qu'ils souhaitent obtenir une interprétation du droit européen.

A défaut de développements de la Cour sur le fond de l'affaire, les conclusions de l'avocate générale Kokott méritent de retenir l'attention. Leur fil conducteur en est constitué par l'effet utile à conférer à la directive 2000/43/CE ainsi que par le souhait du législateur européen de garantir un niveau élevé de protection (§ 73). Ainsi, l'avocate générale considère d'abord que l'affaire relève bien de son champ d'application et rattache la fourniture de compteurs électriques à la fourniture de services au sens de l'article 3 de la directive (§ 56-67)¹⁵⁵. Elle estime ensuite que, contrairement à ce que prévoyait la loi bulgare sur l'égalité de traitement, pour constater l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il n'est pas nécessaire, qu'un traitement moins favorable affecte des droits ou des intérêts expressément établis par la loi (§ 83). En conséquence, la loi bulgare doit être, dans la mesure du possible, interprétée conformément à la directive (§ 77). A défaut, elle doit être inappliquée, même dans un rapport entre particuliers, nonobstant son inapplicabilité horizontale, dans la mesure où « l'interdiction de toute discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique est (...) un principe général du droit de l'Union qui est consacré, en droit primaire, à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux et que la directive 2000/43/CE ne fait que concrétiser » (§ 80)¹⁵⁶. Par ailleurs, face à une interprétation du droit bulgare très restrictive en matière de renversement de la charge de la preuve, Mme Kokott rappelle que, pour entraîner ce renversement, l'établissement de faits permettant de « présumer » et non de « conclure à » l'existence d'une discrimination est suffisante (§§ 86-92). La dernière étape du raisonnement concerne la qualification de la discrimination. En retenant une différence de traitement fondée *indirectement* sur l'origine ethnique (§§ 97-99)¹⁵⁷, l'avocate générale opte pour une interprétation formaliste, sans prendre en compte les préjugés raciaux ayant pu motiver la pratique « apparemment neutre »¹⁵⁸. Ce n'est qu'au stade de la proportionnalité de la mesure qu'elle fait une timide allusion à cette dimension en relevant que le risque d'une stigmatisation d'un groupe ethnique est l'un des éléments à prendre en compte dans la mise en balance des éléments en présence (§ 124), afin de déterminer si les mesures anti-fraude déployées par la société de distribution d'électricité n'entraînent pas des « inconvénients démesurés » pour les habitants des quartiers concernés (§ 117).

¹⁵⁵ Comparez avec l'affaire *Runevic Vardyn*, où la Cour de justice a souligné que le champ d'application de la directive 2000/43/CE ne devait pas être interprété de manière restrictive mais elle n'en a pas moins considéré, sans justifications approfondies, qu'il ne couvrait pas une réglementation relative à la transcription des noms de famille et des prénoms dans les actes d'état civil (C.J., 12 mai 2011, arrêt *Runevic Vardyn*, C-391/09, §§ 44-47).

¹⁵⁶ Voy. aussi relativement au lien entre la directive 2000/43/CE et le principe général d'égalité dans le domaine des discriminations raciales, C.J., 12 mai 2011, arrêt *Runevic Vardyn*, C-391/09, § 43.

¹⁵⁷ Pour écarter la discrimination directe *in casu*, au vu des éléments d'information disponibles, l'avocate générale précise que rien n'indique que « cette façon particulière d'installer les compteurs électriques dans les deux quartiers roms aurait été choisie *en raison* de l'origine ethnique des habitants de ces quartiers ou se rattacherait à une particularité indissociable de leur origine ethnique » (§ 97) et que cette pratique « ne peut pas être considérée comme un comportement présentant un « lien avec l'origine ethnique » des habitants des deux quartiers roms et ayant pour objet ou pour effet de blesser leur dignité et de créer pour eux un environnement dégradant » (§ 98).

¹⁵⁸ Pour une critique plus détaillée de l'approche de cette affaire sous l'angle de la discrimination indirecte, voy. Mathias Möschel, « Race discrimination and access to the European Court of Justice: Below », *op. cit.*, pp. 1447-1448.

IV. RELIGION ET CONVICTION

Le contentieux des discriminations fondées sur les convictions religieuses et philosophiques continue d'être porté devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁹ et, dans une moindre mesure, devant le Comité des droits de l'homme. Dans une affaire où un père avait été privé de toute relation avec son fils au motif que sa pratique religieuse témoignait d'une « vision du monde irrationnelle le rendant incapable d'élever son enfant »¹⁶⁰, la Cour européenne rappelle que des différences de traitement fondées sur les convictions religieuses exigent des raisons particulièrement sérieuses et que la mesure la moins attentatoire au droit à la vie familiale doit être recherchée dans le respect de l'intérêt de l'enfant.

Comme en 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a, au cours de l'année écoulée, statué au premier chef sur les délicates questions des entreprises de tendance (A) et de l'aménagement raisonnable (B). Quant à la question toujours controversée de la restriction du port de symboles religieux, le Comité des droits de l'homme s'est, une nouvelle fois, distingué de l'approche de la Cour européenne en procédant à un contrôle de proportionnalité *in concreto* (C).

A. - Entreprises de tendance

Alors que la notion d'entreprise de tendance continue de susciter des remous devant les juridictions nationales¹⁶¹, la Cour de justice de l'Union européenne n'a toujours pas eu l'occasion de rendre un seul arrêt en matière de discrimination religieuse dans l'emploi. La portée du très peu lisible article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE continue de se voir explicitée à Strasbourg, et non à Luxembourg.

Dans l'importante affaire *Syndicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie*, la Grande Chambre de la Cour est revenue sur son arrêt de chambre et a considéré que la liberté syndicale (article 11 CEDH) n'avait pas été bafouée en l'espèce¹⁶². Rappelons qu'au nom du principe de l'autonomie des communautés religieuses, l'Eglise orthodoxe de Roumanie s'était opposée à la création du syndicat *Păstorul cel Bun* (le Bon Pasteur) par un groupe composé d'une majorité de prêtres orthodoxes et de laïcs, tous employés par cette

¹⁵⁹ Outre les affaires examinées ci-dessous, voy. Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Kasymakhunov et Saybatalov c. Russie* du 14 mars 2013 (req. n° 26261/05 et 26377/06) (définitif depuis le 14 juin 2013), relatif à la mobilisation de l'abus de droit (art. 17 CEDH) pour rejeter une requête de membres d'une organisation islamiste radicale ; Cour eur. D.H. (1^{re} sect.), arrêt *Avilkina et a. c. Russie* du 6 juin 2013 (req. n° 1585/09) (définitif depuis le 7 octobre 2013), relatif à la divulgation de données médicales confidentielles portant sur des Témoins de Jéhovah (violation de l'art. 8 CEDH, pas d'examen sous l'angle de l'art. 14 CEDH) ; Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt *Bogdan Vodă Greek-Catholic Parish c. Roumanie* du 19 novembre 2013 (req. n° 26270/04), relatif à la non-exécution d'un jugement national obligeant une paroisse orthodoxe à laisser une paroisse gréco-catholique organiser un service religieux dans le lieu de culte devenu commun (violation de l'art. 8 CEDH, pas d'examen sous l'angle de l'art. 14 CEDH).

¹⁶⁰ Cour eur. D.H. (2^e sect.), arrêt *Vojnity c. Hongrie* du 12 février 2013 (req. n° 29617/07) (définitif depuis le 12 mai 2013), § 31, notre traduction.

¹⁶¹ Voy. notamment l'emblématique affaire *Baby Loup* (Cass. fr. (Soc.), arrêt n° 536 du 19 mars 2013). Pour d'autres cas d'espèce, cons. le site du *European network of legal experts in the non-discrimination field* (www.nondiscrimination.net).

¹⁶² Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Syndicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie* du 9 juillet 2013 (req. n° 2330/09). Cour eur. D.H. (3^e sect.), arrêt du 31 janvier 2012 (dont le renvoi devant la Grande Chambre avait été accepté le 9 juillet 2012), commenté dans notre chronique précitée, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 149-150.

Eglise¹⁶³. A l'instar de la troisième Section de la Cour, la Grande Chambre souligne, à la lumière des instruments internationaux, que les membres du clergé ne sont pas soustraits aux normes internes du droit du travail, au seul motif qu'ils exercent leur activité sur la base d'un mandat de l'évêque et qu'ils sont soumis à « un devoir de loyauté accru » (§§ 140-145). Ainsi, « nonobstant les particularités de leur situation, les membres du clergé accomplissent leur mission dans le cadre d'une relation de travail relevant de l'article 11 de la Convention » (§ 148)¹⁶⁴. Au stade du test de proportionnalité, la Grande Chambre s'écarte toutefois de l'arrêt de Chambre. L'accent est mis sur l'ample marge d'appréciation dont jouit le décideur national quand la mise en balance de différents droits protégés par la Convention (ici, la liberté d'association et la liberté de religion dans sa dimension collective) est nécessaire (§ 160). Cette marge d'appréciation est d'autant plus large que les modèles constitutionnels qui régissent en Europe les relations entre les Etats et les cultes sont variés (§ 170), mais la majorité de la Cour s'abstient de traiter de la question du consensus européen sous l'angle de l'exclusion des membres du clergé du droit de former des syndicats¹⁶⁵. Alors que la majorité de la Chambre (cinq juges sur sept) n'avait pas été convaincue par la décision de la juridiction roumaine qui avait justifié son refus d'enregistrer le syndicat sur des considérations d'ordre religieux tirées des dispositions du Statut de l'Eglise, la majorité de la Grande Chambre (onze juges sur dix-sept) trouve dans cette même décision nationale des arguments convaincants, notamment d'ordre procédural. La dimension hautement politique de cet arrêt est très claire à la lecture des tierces-interventions qui toutes viennent appuyer la thèse de l'Etat roumain. Aux côtés d'ONGs conservatrices émanant d'organisations américaines qui déploient une stratégie de contentieux transnational¹⁶⁶, l'on trouve les gouvernements grec, polonais, moldave et géorgien ainsi que des éminences religieuses¹⁶⁷. L'on ne peut que rester perplexe sur la belle unanimité des tiers-intervenants qui tranche avec l'opinion dissidente de six juges de la Cour, dont son président. Rappelant « que l'article 7 de la Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical prévoit que l'acquisition de la personnalité juridique par les organisations de travailleurs ne peut être subordonnée à des conditions de nature à porter atteinte à ce droit » (§ 3), les juges minoritaires soulignent que « le syndicat plaçait ses revendications exclusivement sur le terrain de la défense des droits et des intérêts professionnels, économiques, sociaux et culturels de ses adhérents » (§ 6). Une approche plus conforme à l'importance de la liberté syndicale aurait dû conduire la Cour à condamner la Roumanie *in casu*, étant donné que l'Eglise et les autorités nationales n'auraient pas été désarmées face à d'éventuels écarts de conduite des adhérents du syndicat par rapport à leurs obligations spécifiques qui auraient pu être examinées en temps utile à l'aune du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention (§ 8).

B. - Aménagement raisonnable

¹⁶³ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Sindicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie* du 9 juillet 2013 (req. n° 2330/09).

¹⁶⁴ Comp. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 565 U.S. (2012).

¹⁶⁵ Voy. l'opinion en partie dissidente commune aux Juges Spielmann, Villiger, López Guerra, Bianku, Møse et Jäderblom, § 10.

¹⁶⁶ *European Centre for Law and Justice, Becket Fund et International Center for Law and Religion Studies*.

¹⁶⁷ Archevêché de Craiova et Patriarcat de Moscou.

L'année 2013 a débuté par un arrêt très attendu dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*¹⁶⁸. Il s'agit en réalité de quatre cas d'espèce (*Eweida, Chaplin, Ladele* et *McFarlane*) qui ont déjà été commentés dans le Journal européen des droits de l'homme¹⁶⁹ et dont nous nous bornerons ici à rappeler les enseignements essentiels.

L'affaire *Eweida* concerne le refus de la compagnie British Airways d'autoriser l'une de ses employées à porter une croix visible autour du cou et de déroger à l'uniforme imposé. Statuant sous l'angle de la liberté religieuse, la Cour européenne des droits de l'homme condamne le Royaume-Uni au motif que la volonté de projeter une certaine image de l'entreprise ne justifie pas suffisamment, *au vu des circonstances de l'espèce*, l'ingérence à cette liberté dont la protection exigeait *in casu* un aménagement de l'uniforme. Aucune violation de la liberté religieuse n'est, par contre, constatée dans l'affaire *Chaplin*, du nom d'une infirmière qui n'avait pas été autorisée à porter une croix autour du cou pour des raisons de santé et de sécurité publiques et à laquelle il avait été proposé des solutions alternatives (comme le port d'une croix sous la forme d'une broche fixée à l'uniforme ou glissée sous une blouse à col montant) mieux à même de protéger les intérêts des patients. Il convient toutefois de relever que la Cour se démarque ici de l'approche traditionnelle de la Commission européenne des droits de l'homme suivant laquelle le fait que le travailleur puisse renoncer à son emploi était de nature à assurer le plein exercice de sa liberté religieuse (§ 83)¹⁷⁰. La Cour décide, au contraire, de prendre la mesure des intérêts en présence et de les mettre en balance¹⁷¹. À cet égard, une influence de la logique de l'aménagement raisonnable est présente en filigrane étant donné que la haute juridiction se réfère explicitement au concept nord-américain de l'« accommodement raisonnable », à titre de droit comparé pertinent (§§ 48-49).

L'affaire *Ladele*, la seule à être examinée au regard de l'article 9 CEDH combiné à l'article 14 CEDH, porte sur le refus d'un officier d'état civil de célébrer des partenariats civils entre couples de même sexe. La Cour européenne considère que les autorités nationales n'ont pas excédé leur marge d'appréciation en rejetant la demande d'exemption de Mme Ladele, faite au nom de sa foi chrétienne, afin de préserver les droits des personnes d'orientation homosexuelle et de tenir compte de la dimension hautement symbolique

¹⁶⁸ Cour eur. D.H. (4^e sect.), arrêt *Eweida e. a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013 (req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10) (définitif depuis le 27 mai 2013).

¹⁶⁹ J. Ringelheim, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2013, n° 1, pp. 57-87 ; C. Mathieu, S. Gutwirth et P. de Hert, « La croix et les juges de la Cour européenne des droits de l'homme : les enseignements des affaires *Lautsi, Eweida* et *Chaplin* », *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 238-268.

¹⁷⁰ Comm. eur. D.H., déc. (irrec.) du 12 mars 1981, *X c. Royaume-Uni* (req. n° 8160/78) ; Comm. eur. D.H., déc. (irrec.) du 3 décembre 1996, *Konttinen c. Finlande* (req. n° 24949/94) ; Comm. eur. D.H., déc. (irrec.) du 9 avril 1997, *Stedman c. Royaume-Uni* (req. n° 29107/95) – voy. S. Oualid Chaib, « Religious Accommodation in the Workplace: Improving the Legal Reasoning of the European Court of Human Rights », in K. Alidadi, M.-C. Foblets et J. Vrieling (dir.), *A Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farnham, Ashgate, 2012, pp. 38-41. Comp. avec l'arrêt de la Cour eur. D.H. *Syndicatul Păstorul* précité du 9 juillet 2013, § 146.

¹⁷¹ O. De Schutter, « Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power », *J.E.D.H.*, n° 1, p. 49 ; J. Ringelheim, *op. cit.*, *J.E.D.H.*, 2013, n° 1, p. 77 ; N. Hervieu, « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 janvier 2013 ; B. Gomes, X. Orgerit et T. Uarte, « La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 1^{er} mai 2013.

d'une telle exemption¹⁷². De la même manière, dans l'affaire *McFarlane*, la Cour juge que le licenciement d'un thérapeute de couple, employé par un organisme privé, qui refusait de recevoir les couples homosexuels n'emporte pas d'atteinte disproportionnée à sa liberté religieuse. Ces affaires montrent qu'une obligation d'aménagement raisonnable pour motif religieux n'existe que dans des cas très restreints afin d'éviter de porter atteinte aux droits d'autres individus.

Enfin, dans la ligne de son arrêt *Jakóbski c. Pologne*¹⁷³, la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve d'une attitude pragmatique dans l'affaire *Vartic c. Roumanie*¹⁷⁴, qui s'inspire de la logique de l'aménagement raisonnable. Elle prononce à nouveau un arrêt de condamnation à l'encontre des autorités publiques pour n'avoir pas pris au sérieux la demande de détenus bouddhistes de bénéficier de repas végétariens. Comme nous l'avions relevé dans notre précédente chronique¹⁷⁵, ces arrêts s'inscrivent dans un courant protecteur de la dignité des personnes incarcérées et sont résolument ancrés dans les faits de l'espèce.

C. - Signes religieux

La question des restrictions au port de signes religieux continue de diviser la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme¹⁷⁶. Au terme de six affaires, savamment orchestrée par cinq plaideurs, l'on peut aujourd'hui parler d'une véritable saga soutenue par l'association *United Sikhs*¹⁷⁷ dans une approche de contentieux stratégique¹⁷⁸. Alors que les débats publics sur les signes religieux en France portent principalement sur la religion musulmane, les réactions juridiques les plus structurées sont venues de la communauté sikhe, beaucoup plus réduite en France que la communauté musulmane¹⁷⁹, au sein de laquelle les

¹⁷² Dans la même ligne, voy. le débat autour de la clause de conscience en France: Conseil constitutionnel, décision n° 2013-353, QPC du 18 octobre 2013, et la requête déposée à la Cour européenne des droits de l'homme par un collectif de treize maires français le 24 février 2014.

¹⁷³ Cour eur. D.H., (4^e sect.), *Jakóbski c. Pologne*, 7 décembre 2010 (req. n° 18429/06) (définitif depuis le 7 mars 2011).

¹⁷⁴ Cour eur. D.H. (3^e sect.), *Vartic c. Roumanie*, 17 décembre 2013 (req. n° 14150/08).

¹⁷⁵ *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, p. 324.

¹⁷⁶ E. Bribosia, G. Caceres et I. Rorive, « Les signes religieux au cœur d'un bras de fer : la saga *Singh* », *R.T.D.H.*, à paraître, avril 2014. Voy. aussi E. Brems, E. Bribosia, I. Rorive, S. Van Drooghenbroeck, « Le port de signes religieux dans l'espace public : vérité à Strasbourg, erreur à Genève? », *J.T.*, 2012 ; F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « The Domestic Courts' Response to Divergent Views among International Human Rights Bodies : Thoughts Prompted by the *Singh v. France's* Cases », in A. Alen e.a. (dir.), *Liberæ Cogitationes. Liber Amicorum Marc Bossuyt*, Intersentia, décembre 2013, pp. 733-752.

¹⁷⁷ Cette association se présente comme « a U.N. affiliated, international non-profit, non-governmental, humanitarian relief, human development and advocacy organization, aimed at empowering those in need, especially disadvantaged and minority communities across the world. » (www.unitedsikhs.org/about.php).

¹⁷⁸ Voy. notamment les déclarations faites le 8 octobre 2013 par MeJindarpal Kaur, la directrice juridique pour l'international d'*United Sikhs*, dans un communiqué intitulé « Sikhs Win Third Turban Case at the UN Against France », <http://unitedsikhs.org>.

¹⁷⁹ La communauté sikhe compterait environ 30.000 adeptes en France métropolitaine (voy. les données fournies sur le site internet du Conseil représentatif des sikhs de France : www.sikhsdefrance.fr), alors que la communauté musulmane en compterait entre 4 et 4,7 millions, c'est-à-dire 7 à 7,5 % de la population française (voy. Institut français d'opinion publique (I.F.O.P.), *Les français et la croyance religieuse*, Étude réalisée pour « Le Journal du Dimanche », avril 2011, p. 7 ; P. Simon et V. Tiberj, *Sécularisation ou regain religieux : la religiosité des immigrés et de leurs descendants*, Étude réalisée sur la base de l'enquête « Trajectoires et Origines » coproduite par l'Institut national d'études démographiques (I.N.E.D.) et l'Institut national de la statistique et des études économiques (I.N.S.E.E.), Documents de travail

hommes manifestent leur foi et leur identité en ne coupant pas leurs cheveux qui sont sacrés et doivent être cachés de la vue du public.

L'on se souviendra qu'une première série d'affaires concernait plus particulièrement la loi française du 15 mars 2004 qui prohibe le port de tout signe religieux ostensible dans les écoles, les collèges et les lycées publics¹⁸⁰ : *Jasvir Singh c. France* et *Ranjit Singh c. France* (décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2009)¹⁸¹ et *Bikramjit Singh c. France* (constatations du Comité des droits de l'homme du 1^{er} novembre 2012)¹⁸². Une seconde série d'affaires met en cause des dispositions exigeant de produire une photo d'identité tête nue en vue de la délivrance de certains documents administratifs (permis de conduire, permis de séjour, passeport) : *Shingara Mann Singh c. France* (décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 novembre 2008)¹⁸³, *Ranjit Singh c. France* (constatations du Comité des droits de l'homme du 22 juillet 2011)¹⁸⁴, *Shingara Mann Singh c. France* (constatations du Comité des droits de l'homme du 19 juillet 2013)¹⁸⁵.

Avec les constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Shingara Mann Singh contre France* du 19 juillet 2013 concernant la délivrance d'un passeport, l'histoire se répète. La fracture entre la jurisprudence de ce Comité et celle de la Cour européenne des droits de l'homme est confirmée. La liberté de religion et le principe de non-discrimination ne reçoivent pas la même portée dans les deux ordres de protection des droits fondamentaux quand l'État français restreint le port de signes religieux en milieu scolaire¹⁸⁶ ou sur les photographies exigées pour la délivrance de certains documents officiels.

Le Comité des droits de l'homme porte son contrôle sur le caractère nécessaire et proportionné de l'ingérence à la liberté religieuse par rapport à l'objectif légitime de protection de la sécurité et de l'ordre publics. L'État français se prévaut de la jurisprudence de la Cour européenne de novembre 2008 qui laissait une large marge d'appréciation au décideur national pour défendre le bien fondé de sa réglementation¹⁸⁷. À nouveau, dans une approche pragmatique, le Comité ne suit pas cette ligne de raisonnement, mais s'attelle à un examen *in concreto*. Et de souligner que « l'État partie n'a pas expliqué pourquoi le port du turban sikh couvrant la partie supérieure de la tête et une partie du front, mais laissant le reste du visage clairement visible, rendrait l'identification de l'auteur moins aisée que s'il apparaissait 'tête nue', alors même qu'il porte son turban à tout moment. Par ailleurs, l'État partie n'a pas expliqué dans des termes spécifiques comment une photographie d'identité 'tête nue' d'une personne qui se montre toujours en public tête couverte servirait à faciliter son identification dans la vie

n° 196, juillet 2013, p. 6 ; Pew Research Center's Forum on Religion and Public Life, *The Future of the Global Muslim Population. Projections for 2010-2030*, Washington, janvier 2011, p. 124).

¹⁸⁰ Cette loi fut intégrée dans l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation qui dispose que, « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le Règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève».

¹⁸¹ Déc. (irrec.) du 30 juin 2009 (req. n° 25463/08 et n° 27561/08).

¹⁸² Communication n° 1852/2008, CCPR/C/106/D/1852/2008.

¹⁸³ Déc. (irrec.) du 13 novembre 2008 (req. n° 43563/08).

¹⁸⁴ Communication n° 1876/2009, CCPR/C/102/1876/2009.

¹⁸⁵ Communication n° 1928/2010, CCPR/C/108/D/1928/2010.

¹⁸⁶ Voy. notre chronique précitée, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 325-326.

¹⁸⁷ Cour eur. D.H., déc. (irrec.) du 13 novembre 2008, *Shingara Mann Singh c. France* (req. n° 43563/08).

de tous les jours et à combattre les risques de falsification et de fraude »¹⁸⁸. Et de conclure, une fois encore, que la France a l'obligation de revoir sa réglementation.

Concernant le port de signes religieux sur les lieux de travail, les arrêts *Eweida et Chaplin* précités du 15 janvier 2013 témoignent d'une plus grande parenté d'approche de la Cour européenne des droits de l'homme avec celle du Comité onusien. La Cour européenne des droits de l'homme s'engage, dans un test de proportionnalité plus strict, réduisant ainsi la marge d'appréciation des autorités nationales quand elles restreignent la liberté de porter des signes religieux¹⁸⁹. Si aucune référence explicite au Comité des droits de l'homme n'est à relever, cette posture contribue au rapprochement de la jurisprudence des deux instances internationales de protection des droits de l'homme.

¹⁸⁸ C.C.P.R., communication n° 1928/2010, constatations *Shingara Mann Singh c. France*, 19 juillet 2013, CCPR/C/108/D/1928/2010, § 9.4 (notre accent). Voy. aussi, en des termes quasiment identiques, C.C.P.R., communication n° 1876/2009, constatations *Ranjit Singh c. France*, 27 septembre 2011, CCPR/C/102/1876/2009, § 8.4.

¹⁸⁹ L. Peroni, « Eweida and Others v. the United Kingdom (Part I): Taking Freedom of Religion More Seriously », posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 17 janvier 2013; S. Ouald Chai et E. BREMS, « Doing Minority Justice Through Procedural Fairness: Face Veil Bans in Europe », *Journal of Muslims in Europe*, 2013, n° 2, pp. 23 à 25.