

KE-66-05-103-FR-C

L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme

Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité
de traitement sur la base de la race et dans l'emploi

Droits fondamentaux & antidiscrimination

Emploi & affaires sociales



Commission européenne

L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme

**Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité
de traitement sur la base de la race et dans l'emploi**

Prof. O. De Schutter

Réseau européen des experts en matière de non-discrimination

Emploi & affaires sociales

Droits fondamentaux et antidiscrimination

Commission européenne

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances
Unité D3

Manuscrit terminé en février 2005

Le contenu du présent rapport ne reflète pas nécessairement l'opinion ou le point de vue de la Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant en son nom ne sont responsables de l'utilisation qui pourrait être faite des informations contenues dans cette publication.

Le texte de ce rapport a été rédigé par le Professeur Olivier De Schutter, membre du Réseau européen des experts en matière de non-discrimination (sur les motifs de la race ou de l'origine ethnique, de l'âge, d'un handicap, de la religion ou des convictions et de l'orientation sexuelle), dirigé par:

Human european consultancy

Hooghiemstraplein 155
3514 AZ Utrecht
Pays-Bas
Tél. +31-30 634 14 22
Fax +31-30 635 21 39
office@humanconsultancy.com
www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group

Rue Belliard 205, Boîte 1
1040 Bruxelles
Belgique
Tél. +32-2 230 5930
Fax +32-2 280 0925
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

La présente publication a été commanditée par la Commission européenne dans le cadre du Programme d'action de la Communauté européenne visant à lutter contre la discrimination (2001-2006). Ce programme a été établi en vue de soutenir la mise en œuvre efficace de la nouvelle législation d'antidiscrimination de l'UE. Ce programme de six années cible toutes les parties prenantes qui peuvent contribuer à concevoir l'élaboration d'une législation et de politiques d'antidiscrimination appropriées et efficaces dans les 25 Etats que compte l'Union européenne, dans l'AELE et dans les pays candidats à l'adhésion à l'UE.

Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux, à savoir:

1. Une meilleure compréhension des questions liées à la discrimination
2. Le développement de moyens permettant de traiter efficacement la discrimination
3. La promotion des valeurs qui sous-tendent la lutte contre la discrimination

Pour plus d'information à ce sujet, on pourra se rendre au site:

http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/index_en.htm

Si vous souhaitez recevoir le bulletin d'information électronique «ESmail» de la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne, envoyez un courrier électronique à l'adresse suivante: empl-esmail@cec.eu.int — le bulletin d'information paraît régulièrement en allemand, anglais et français.

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

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

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

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

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005

ISBN 92-894-9172-8

© Communautés européennes, 2005

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source.

© Photographie et conception par: Ruben Timman/www.nowords.nl

Printed in Belgium

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

Table des matières

Résumé	5
Introduction	9
I. La Convention européenne des droits de l'homme	11
1. Le contenu normatif de l'exigence de non-discrimination en vertu de la CEDH	13
1.1. Une liste non exhaustive des motifs de discrimination interdits	13
1.2. L'importance de l'interdiction de la discrimination et la question d'une hiérarchie des motifs	14
1.3. Les formes de discrimination interdites	16
1.4. Action positive	19
2. Le champ d'application de l'article 14 CEDH	20
3. Protocole n° 12 à la CEDH (2000)	24
II. La Charte sociale européenne	27
1. La Charte sociale européenne de 1961	29
1.1. Le cadre juridique interdisant la discrimination	30
1.2. Les mesures juridiques favorisant la pleine efficacité de l'interdiction de la discrimination	31
1.3. Politiques destinées à améliorer l'intégration professionnelle de groupes cibles	32
2. La Charte sociale européenne révisée de 1996	33
III. Une comparaison avec les Directives de la CE: principales questions d'interprétation	37
1. Race et origine ethnique	39
2. Handicap	40
3. Orientation sexuelle	43
4. Religion ou convictions	45
5. Âge	49
IV. Conclusions	51
Bibliographie	55
Affaires (par ordre chronologique)	56
Cour européenne des droits de l'homme	56
Commission européenne des droits de l'homme	57
Comité européen des droits sociaux	57
Doctrines (par ordre alphabétique)	57

Nataly | 1991

Résumé

Le présent rapport offre un aperçu général de la protection contre la discrimination en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et de la Charte sociale européenne de 1961 ainsi que de la Charte sociale européenne révisée de 1996, qui constituent les principaux traités de défense des droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Ce rapport cherche à identifier les aspects de cette protection qui pourraient influencer les questions non résolues d'interprétation de la Directive 2000/43/CE 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 et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Ce rapport comprend trois parties. La première partie donne un aperçu général des clauses de lutte contre la discrimination de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence afférente de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) contient un large éventail de droits civils ou politiques, dont le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de tout traitement ou peine à caractère inhumain ou dégradant, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, le principe du refus de peine sans loi (nullum crimen, nulla poena sine lege), le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association et le droit de se marier et de fonder une famille. D'autres protocoles additionnels à la CEDH garantissent des droits tels que celui de la protection de la propriété, le droit à l'éducation, le droit à des élections libres (Protocole n° 1), l'interdiction de l'emprisonnement pour dette, la liberté de circulation, l'interdiction de l'expulsion des nationaux et l'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers (Protocole n° 4), l'abolition de la peine de mort (Protocole n° 6 et, étendant l'interdiction au temps de guerre, Protocole n° 13), les garanties procédurales en cas d'expulsion des étrangers, le droit d'appel dans des affaires pénales, le droit à une indemnisation pour erreur judiciaire, le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois ou l'égalité entre époux (Protocole n° 7). La jouissance de tous ces droits substantiels doit être assurée sans discrimination, en vertu de l'article 14 CEDH auquel se réfèrent ces derniers protocoles additionnels. La Partie I du rapport décrit la méthode utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'examen des différences de traitement qui sont dénoncées comme discriminatoires. Elle note plus particulièrement que le degré de contrôle exercé par la Cour variera en fonction d'une hiérarchie largement implicite et évolutive mais néanmoins identifiable de motifs de discrimination interdits: les différences de traitement fondées sur des motifs «suspects» (la naissance hors des liens du mariage, le sexe, l'orientation sexuelle, la race et l'origine ethnique et, plus récemment, la nationalité) doivent être justifiées par des «raisons particulièrement sérieuses» et être nécessaires à la réalisation des objectifs poursuivis; les différences de traitement fondées sur des motifs «non suspects» (ceux-ci constituant une catégorie résiduaire qui inclut la propriété, et dans laquelle il faut sans doute faire figurer aussi la religion et le handicap) doivent avoir une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qu'elles doivent poursuivre un objectif légitime et qu'il doit exister un rapport de proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi. Cette première partie du rapport examine la valeur ajoutée du Protocole n° 12 à la CEDH, ouvert à signature en 2000 et entrant en vigueur en 2005, dans la mesure où cet instrument prévoit une clause générale d'interdiction de la discrimination pour les Etats parties audit protocole. En effet, la clause de non-discrimination figurant dans la CEDH de 1950 ne s'applique qu'à la jouissance des droits et des libertés stipulés dans la Convention et ne peut être invoquée indépendamment de ces autres dispositions substantielles: en conséquence, l'article 14 CEDH peut être invoqué dans des contextes tels que celui de l'éducation, de l'assistance sociale ou de la sécurité sociale, dans le cadre de l'exercice des droits politiques ou à l'égard des dispositions qui visent à faciliter la vie familiale ainsi que dans des situations où la différence de traitement contestée est fondée sur l'exercice de la liberté de religion, sur l'orientation sexuelle ou, plus généralement, sur l'exercice par une personne des libertés protégées en vertu de la Convention; en revanche, l'article 14 CEDH ne pourra être invoqué en principe dans le contexte de l'emploi et du

travail. Le Protocole n° 12 à la CEDH offre une protection contre la discrimination qui, à la différence de l'article 14 CEDH, jouit d'un champ d'application général; toutefois, le nombre relativement faible de ratifications de cet instrument ainsi que l'approche timide qu'il s'avère adopter en matière d'obligations positives qui peuvent en résulter devraient limiter sa capacité à imposer aux Etats parties l'adoption de mesures destinées à combattre la discrimination dans les rapports privés.

La partie II du rapport examine la protection contre la discrimination selon la Charte sociale européenne, selon l'interprétation donnée à la Charte par le Comité européen des droits sociaux, soit dans ses conclusions adoptées sur la base des rapports étatiques périodiques, soit dans le contexte de réclamations collectives. Cette partie met l'accent sur le contenu des exigences en matière de non-discrimination qui découlent de l'article 1 paragraphe 2 de la Charte sociale européenne de 1961 et de la Charte sociale européenne révisée de 1996 (le droit au travail) ainsi que de l'article 15 (le droit des personnes handicapées à l'indépendance, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté) et de l'article 23 (le droit des personnes âgées à une protection sociale), combinées ou non à la clause de non-discrimination comprise dans l'article E de la Charte sociale européenne révisée de 1996. Sur la base de cette dernière disposition, le Comité européen des droits sociaux requiert que les Etats parties à la Charte sociale européenne révisée surveillent l'impact de leurs politiques et de leur législation sur les segments les plus vulnérables de la population, leur imposant donc une obligation positive de promouvoir une égalité qui aille au-delà de ce qu'a imposé la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 14 CEDH et de ce que nous sommes en droit d'attendre du Protocole n° 12 additionnel à la CEDH lorsqu'il entrera en vigueur. La deuxième partie de ce rapport examine aussi le contenu des mesures pratiques (tout particulièrement de nature procédurale) que le Comité européen des droits sociaux encourage les Etats liés par ces dispositions à adopter, lesquelles visent à promouvoir la pleine efficacité des efforts déployés pour lutter contre la discrimination conformément à ces dispositions.

La Partie III du rapport examine l'impact potentiel de ces instruments et de la jurisprudence de ces organes sur l'interprétation des Directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Cette dernière partie propose une vue d'ensemble, motif par motif, des questions d'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux ont abordées, dans la mesure où elles peuvent influencer l'interprétation des directives.

Les conclusions que l'on peut tirer de cette étude concernent à la fois l'orientation générale d'une stratégie de lutte contre les discriminations fondée sur des outils juridiques et des questions d'interprétation spécifiques relatives à chacun des motifs couverts par la Directive-cadre et la Directive d'égalité raciale. Au niveau de l'orientation générale d'une stratégie de lutte contre les discriminations, le rapport conclut qu'au fil du développement progressif de la législation anti-discriminatoire en Europe, malgré l'influence considérable traditionnellement exercée par la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, la Charte sociale européenne peut être appelée à revêtir une importance croissante. En effet, se voyant soumettre des rapports étatiques qui permettent de suivre régulièrement les progrès obtenus dans la réalisation des droits de la Charte sociale européenne de 1961 ou de la Charte sociale européenne révisée de 1996, ainsi que des réclamations collectives qui ciblent les législations et politiques générales et l'effet qu'elles produisent sur les groupes, le Comité européen des droits sociaux se trouve à certains égards mieux placé que la Cour européenne des droits de l'homme pour développer une jurisprudence identifiant la nécessité d'une politique active en faveur de l'emploi visant l'intégration de groupes cibles et, plus généralement, identifiant la nécessité d'une action positive – dans le domaine de l'emploi mais aussi dans les domaines de l'éducation, du logement ou de la politique sociale – orientée vers l'intégration professionnelle et sociale des segments les plus vulnérables de la population.

La quasi-absence de toute jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme déduisant des obligations positives de l'article 14 CEDH ainsi que la timidité des rédacteurs du Protocole n° 12 à la CEDH sur la question de l'action positive contrastent avec l'insistance du Comité européen des droits sociaux pour que la législation

interdisant la discrimination aboutisse à une intégration effective, ainsi qu'avec l'exigence qu'il formule que les Etats parties surveillent étroitement l'impact de leurs politiques sur la situation des groupes les plus vulnérables. Le rapport soutient que la lutte contre les discriminations requiert davantage que des interdictions: comme le montre au sein de l'UE la complémentarité entre les directives tendant à promouvoir l'égalité de traitement et la Stratégie européenne pour l'emploi (SEE), elle requiert une politique sociale et de l'emploi qui soit active et proportionnée à l'objectif visé, celui d'une intégration véritable. C'est cette direction que pointent les récentes évolutions qu'a connues la Charte sociale européenne. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fondée sur l'article 14 CEDH est susceptible néanmoins d'exercer une influence sur certaines questions spécifiques d'interprétation. Elle pourrait, plus particulièrement, favoriser une compréhension de l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur les motifs de race ou d'origine ethnique, qui inclut l'exigence de prendre en compte les différences appropriées entre groupes ethniques ou raciaux, par analogie avec l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la discrimination fondée sur la religion.

Du point de vue de l'impact de la référence à la jurisprudence de la Charte sociale européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Directive-cadre et de la Directive d'égalité raciale, la leçon la plus claire que l'on peut tirer de ce rapport est qu'une telle référence pourrait conduire à dépasser la définition explicite de la discrimination indirecte en vertu des Articles 2 § 2, b) de la Directive-cadre ainsi que de la Directive d'égalité raciale. Dans les directives, la discrimination indirecte ne se définit qu'en référence à l'une des trois compréhensions potentielles de ce concept que ce rapport tend à distinguer: elle est censée se produire lorsque des réglementations, des critères ou des pratiques apparemment neutres s'avèrent particulièrement défavorables aux membres d'une certaine catégorie, si la disposition qui crée le désavantage n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée (a). Ni la discrimination résultant d'un impact disproportionné, tel que mis au jour au moyen de données statistiques (b), ni le fait de ne pas traiter différemment une catégorie ou une personne spécifique en prévoyant une exception à l'application de la règle générale (c) ne sont explicitement inclus dans cette définition de la discrimination indirecte que fournissent les directives. Cependant, la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux encourage fortement les Etats à combattre la discrimination institutionnelle en autorisant la preuve statistique de la discrimination et en mesurant l'impact des lois et des politiques qu'ils mettent en œuvre. Et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme illustre la raison pour laquelle, bien que la Directive-cadre se contente de mentionner seulement une exigence d'aménagement raisonnable en ce qui concerne les personnes handicapées, le fait de ne pas prendre en compte les différences concernées pourrait être considéré comme une forme de discrimination indirecte même s'il se peut qu'il ne relève pas clairement de la définition de l'article 2(2)(b) de chacune des directives. En ce qui concerne la religion, comme on le verra dans la section 4 de la partie III du présent rapport, ceci pourrait résulter également de la garantie de la liberté de religion à l'article 9 CEDH.

Le rapport tire également deux autres conclusions concernant deux motifs spécifiques de discrimination interdits, à savoir un handicap et l'orientation sexuelle. Dans le contexte de la Directive-cadre, les exigences dérivant de l'article 8 CEDH peuvent avoir un rôle décisif à jouer pour contrer le risque de discrimination pratiquée à l'encontre de travailleurs handicapés afin de tenir compte des exigences en matière de santé et de sécurité, créant un obstacle à leur recrutement ou à leur maintien en fonction, lorsque la crainte est émise que leur activité professionnelle les exposerait à un risque, ou exposerait à un tel risque leurs collègues ou le public. La même disposition de la Convention, dans la mesure où elle protège le droit au respect de la vie privée, dont fait partie l'orientation sexuelle d'une personne, peut contribuer à l'efficacité de l'interdiction de la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. D'autre part, le rapport montre que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas estimé que le fait de réserver des avantages aux couples mariés devrait être considéré comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en violation de l'Article 14 CEDH, lu en combinaison soit avec l'Article 8 CEDH (droit au respect de la vie privée) soit avec l'Article 1 du Protocole n°1 à la CEDH (droit à la propriété, y compris aux avantages sociaux), même selon des juridictions où l'institution du mariage n'est pas accessible aux couples de même sexe.

Introduction

Le présent rapport présente une vue d'ensemble de la protection contre la discrimination en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne révisée et il cherche à identifier les aspects de cette protection qui pourraient influencer les questions non résolues d'interprétation de la Directive 2000/43/CE 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 ethnique¹ et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail². Bien que d'autres instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe puissent également influencer dans le futur l'interprétation des directives, dans la mesure où ils contiennent des clauses protégeant de la discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale³ ou fondée sur l'héritage génétique⁴, des motifs qui recourent ceux de la religion, de l'origine ethnique ou du handicap, la Convention européenne des droits de l'homme a été reconnue comme revêtant une signification particulière dans le droit de l'Union européenne, les droits et libertés qu'elle reconnaît devant être considérées comme faisant partie des principes généraux du droit de l'Union dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect dans l'interprétation et l'application des traités.⁵ La référence à la Charte sociale européenne est justifiée dans la mesure où la Cour de justice a occasionnellement fait référence à cet instrument pour l'interprétation du droit communautaire.⁶

Le rapport comprend trois parties. La première partie (I) offre une vue d'ensemble des clauses d'égalité de la Convention européenne sur les droits de l'homme et de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme. La deuxième partie (II) examine la protection contre la discrimination au sein de la Charte sociale européenne, selon l'interprétation donnée à la Charte par le Comité européen des droits sociaux (antérieurement le Comité d'experts indépendants), que ce soit dans ses conclusions adoptées sur la base des rapports étatiques périodiques ou dans le contexte de réclamations collectives. La troisième partie (III) examine le rapport qui existe entre ces instruments et la jurisprudence de ces organes vis-à-vis de l'interprétation des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Cette dernière partie comprend des observations générales, suivies d'un examen d'ensemble, motif par motif, des questions d'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux ont traitées, dans la mesure où elles peuvent influencer l'interprétation des directives.

¹ JO L 180 du 19.7.2000, p. 22.

² JO L 303 du 2.12.2000, p. 16.

³ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (ETS n° 157), signée à Strasbourg le 1^{er} février 1995, entrée en vigueur le 1^{er} février 1998: voir Art. 4. Le 15 janvier 2005, la Convention-cadre a été ratifiée par tous les Etats membres de l'UE, à l'exception de la Belgique, de la France, de la Grèce, de la Lettonie, du Luxembourg et des Pays-Bas.

⁴ La Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain concernant l'application de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (ETS n° 164), signée à Oviedo le 4 avril 1997, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999: voir Article 11.

⁵ Voir, dans le contexte du Traité CE, article 220 CE.

⁶ Affaire 149/77, *Defrenne c. Sabena* [1978] ECR 1365, au paragraphe 26. Voir aussi l'affaire 6/75, *Horst c. Bundesknappschaft* [1975] ECR 823, en 836.

Piebe | 1970

Partie I

La Convention européenne des droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme de 1950 est entrée en vigueur dans tous les Etats membres de l'Union et lie ces Etats même dans les situations où ils mettent en œuvre la législation de l'Union. Elle contient un large éventail de droits civils et politiques, dont le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de tout traitement ou toute peine à caractère inhumain ou dégradant, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, le principe du refus de peine sans loi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association et le droit de se marier et de fonder une famille. Des protocoles additionnels à la CEDH garantissent des droits tels que celui de la protection de la propriété, le droit à l'éducation, le droit à des élections libres (Protocole n° 1), l'interdiction de l'emprisonnement pour dette, la liberté de circulation, l'interdiction de l'expulsion des nationaux et l'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers (Protocole n° 4), l'abolition de la peine de mort (Protocole n° 6 et, étendant l'interdiction aux temps de guerre, Protocole n° 13), les garanties procédurales en cas d'expulsion des étrangers, le droit d'appel dans des affaires pénales, le droit à une indemnisation pour erreur judiciaire, le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois ou l'égalité entre époux (Protocole n° 7). La jouissance de tous ces droits substantiels doit être assurée sans discrimination, en vertu de l'article 14 CEDH auquel se réfèrent ces derniers protocoles additionnels. Afin d'expliquer en quoi la CEDH peut contribuer à la mise en œuvre et à l'interprétation des directives adoptées sur la base de l'article 13 CE, cette section examine le contenu normatif de l'exigence de non-discrimination en vertu de l'article 14 CEDH et de l'article 1 du Protocole n° 12 CEDH (1.). Elle examine alors le champ d'application de la clause de non-discrimination contenue dans l'article 14 de cet instrument (2.) et l'étendue de l'exigence de non-discrimination imposée par le Protocole n° 12 additionnel à la Convention, qui a été soumis pour signature le 4 novembre 2000 et entrera en vigueur le 1^{er} avril 2005⁷ (3.).

⁷ Le 24 décembre 2004, 11 Etats parties à la CEDH ont ratifié le Protocole n° 12. Sur les 25 Etats membres de l'UE cependant, seuls les Pays-Bas, Chypre et la Finlande ont ratifié ce Protocole à ce jour.

1. Le contenu normatif de l'exigence de non-discrimination en vertu de la CEDH

L'Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que:

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

La garantie contre la discrimination accordée par l'article 14 CEDH dans la jouissance des droits et des libertés de la Convention, et que l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH étend maintenant au-delà du champ d'application de la Convention dans les Etats liés par ce Protocole (voir ci-dessous, section 2),⁸ présente trois caractéristiques: ces clauses contiennent une liste non exhaustive des motifs de discrimination interdits (1.1.); la jurisprudence de l'article 14 CEDH reconnaît dans une mesure limitée une distinction entre les motifs «suspects» et «non suspects» de différenciation (1.2.); et elles interdisent la discrimination directe et indirecte, cette dernière notion étant comprise à la fois comme la discrimination résultant d'un impact disproportionné sur certaines catégories de législations ou pratiques apparemment neutres, et comme la discrimination résultant du refus d'aménager la situation spécifique de certaines personnes (1.3.). Dans son dernier paragraphe, cette section commentera brièvement le statut de l'action positive dans ces clauses interdisant la discrimination (1.4.).

1.1. Une liste non exhaustive des motifs de discrimination interdits

L'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH et l'article 14 CEDH interdisent la discrimination dans la jouissance des droits et des libertés stipulés dans la Convention «fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation». Cette liste n'est pas exhaustive.⁹ Ainsi par exemple, l'article 14 CEDH a été appliqué afin de protéger les personnes contre toute discrimination fondée sur leur orientation sexuelle¹⁰ ou la naissance hors mariage¹¹; en effet, tout critère de différenciation peut être potentiellement examiné selon l'article 14 CEDH, qu'il ait été repris ou non dans la liste traditionnelle des formes de discrimination interdites dans la législation internationale des droits de l'homme.

⁸ Voir plus loin notamment, J. Gerards, «L'application de l'Article 14 CEDH par la Cour européenne des droits de l'homme», dans J. Niessen et Isabelle Chopin (éds.), *Le développement d'instruments juridiques de lutte contre le racisme dans une Europe diversifiée*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden/Boston, 2004, pp. 3-60.

⁹ Cour eur. DH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, Série A n° 22, pp. 30-31, § 72. Le rapport explicatif relatif au Protocole n° 12 à la CEDH déclare dans son § 20 que «incluant expressément certains motifs de non discrimination supplémentaires (par exemple, un handicap physique ou mental, l'orientation sexuelle ou l'âge) [apparaissant aux auteurs du Protocole comme] inutiles d'un point de vue légal dans la mesure où la liste des motifs de non-discrimination n'est pas exhaustive et où l'inclusion de tout motif supplémentaire particulier pourrait donner lieu à des interprétations a contrario injustifiées en ce qui concerne la discrimination fondée sur des motifs qui ne s'y trouveraient ainsi pas inclus».

¹⁰ Voir, par exemple, Cour eur. DH (4^e section), *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (Requête N° 33290/96), arrêt du 21 décembre 1999 CEDH 1999-IX, § 28

¹¹ Voir, par exemple, Cour eur. DH, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A n° 31; Cour eur. DH, *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, Série A n° 126, § 41; Cour eur. DH (3^e section), *Mazurek c. France* (Requête N° 34406/97), arrêt du 1^{er} février 2000.

1.2. L'importance de l'interdiction de la discrimination et la question d'une hiérarchie des motifs

La Cour européenne des droits de l'homme a pour jurisprudence bien établie qu'une différence de traitement est discriminatoire au sens de l'article 14 CEDH si elle n'a pas de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif légitime ou s'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif visé.¹² L'examen d'une requête alléguant une discrimination requiert donc une analyse à deux niveaux, se centrant d'abord sur l'objectif poursuivi, ensuite sur le rapport entre la différence de traitement incriminée (ou, comme nous l'allons voir, l'absence de différence) et la réalisation de cet objectif.

La manière dont cet examen en deux parties est mis en œuvre dépend de la nature du critère sur lequel se fonde la différence de traitement contestée. A cet égard, l'on peut observer l'existence d'une certaine hiérarchie des motifs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: bien que, dans la plupart des cas, une différence de traitement ne sera pas jugée discriminatoire si elle poursuit un objectif légitime et entretient un rapport raisonnable de proportionnalité avec cet objectif, lorsque le traitement différencié est fondé sur un motif «suspect», il devra se justifier par «des raisons très sérieuses» et la différence de traitement devra s'avérer non seulement être appropriée à la réalisation de l'objectif légitime poursuivi, mais également nécessaire.

Il est difficile d'offrir une présentation systématique du régime résultant de la hiérarchie établie entre motifs de différenciation «non suspects» et «suspects» en raison du caractère mouvant de la limite entre les deux catégories, à la fois dans le temps et selon le sujet considéré.¹³ Il est toutefois indéniable que certains motifs de différenciation requièrent des justifications particulièrement fortes de la part de l'Etat. Il n'existe pas de relation entre l'identification explicite d'un critère particulier dans l'article 14 CEDH ou l'article 1 du Protocole n° 12 et la question de savoir si ce critère est traité ou n'est pas traité comme «suspect»: la «propriété», par exemple, bien qu'elle soit reprise dans la liste de l'article 14 CEDH, est un critère fréquemment invoqué par les pouvoirs publics nationaux dans les domaines de la fiscalité ou de la sécurité sociale, des matières dans lesquelles les Etats parties sont reconnus comme ayant une large marge d'appréciation;¹⁴ inversement, bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans l'article 14 CEDH, la naissance hors mariage est considérée en principe comme un motif suspect,¹⁵ requérant que toute différence de traitement fondée sur un tel motif soit justifiée par «des raisons particulièrement sérieuses». Comme autres motifs «suspects», on peut

¹² Voir, parmi beaucoup d'autres, l'affaire *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, Série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24.

¹³ En effet, il a été suggéré qu'une nouvelle approche pour traiter la protection contre la discrimination selon la Convention devrait être adoptée, se fondant sur des variations plus clairement définies dans la rigueur de l'examen minutieux: voir Oddný Mjöll Arnadóttir, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., International studies in human rights n° 74, La Haye, 2003, 265 pp.; et J. Gerards, «Intensité de l'examen judiciaire dans des affaires d'inégalité de traitement», *N.I.L.R.*, 2004, pp. 135-183.

¹⁴ Voir par exemple, Cour eur. DH, *Fredin c. Suède*, arrêt du 18 février 1991, Série A n° 192, § 151; *Immobiliare Saffi c. Italie*, arrêt du 28 juillet 1999, *Rapports 1999-V*, § 49; ou *Chapman c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 2001.

¹⁵ Cour eur. DH, *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, Série A n° 126, § 41; Cour eur. DH (3^e section), *Mazurek c. France* (Requête N° 34406/97), arrêt du 1^{er} février 2000, § 49; Eur. Ct HR (GC), *Sommerfeld c. Allemagne* (Requête N° 31871/96), arrêt du 8 juillet 2003, § 93.

citer notamment le sexe,¹⁶ l'orientation sexuelle,¹⁷ et plus récemment encore la nationalité.¹⁸ Des obiter dicta de la Cour européenne des droits de l'homme et le sens commun suggèrent également que la race et l'origine ethnique devraient être incluses dans cette liste.¹⁹ En revanche, la religion ne semble pas considérée généralement comme un motif suspect;²⁰ pas davantage le handicap n'a-t-il été jusqu'à présent traité comme motif suspect.

Même lorsqu'il est clairement considéré par la Cour qu'une requête alléguant une discrimination porte sur un motif de discrimination «suspect» donnant lieu à un contrôle strict, un tel contrôle, malgré sa rigueur, n'est pas nécessairement fatal à la différenciation reprochée. La présomption qu'aucune justification objective et raisonnable ne soutiendra la différence de traitement reste toujours réfutable. La Cour a admis comme constituant des «raisons très sérieuses», suffisamment importantes pour justifier même des différences de traitement basées sur des motifs «suspects», des raisons qui, par leur nature même, reviennent, en certaines circonstances, à simplement annuler la garantie accordée aux groupes définis par leur sexe, leur orientation sexuelle, leur naissance ou leur nationalité. C'est ainsi, par exemple, que la Cour accepte que «la protection de la famille au sens traditionnel est, en principe, une raison importante et légitime qui pourrait justifier une différence de traitement» fondée sur la nature homosexuelle ou hétérosexuelle d'une relation, à condition qu'une telle différence de traitement soit nécessaire pour la protection de cette conception traditionnelle de la famille.²¹ La légitimité, en principe, d'une telle justification, a également été reconnue par la Cour lorsqu'elle était confrontée à une différence de traitement fondée sur la naissance – dans ou hors des liens du mariage –, avec pour conséquence ici aussi que le caractère «suspect» du motif de différenciation se voit pratiquement annihilé par l'admission de la légitimité de cet objectif.²²

Le caractère suspect ou non d'une différence de traitement pratiquée dans une sphère particulière sur la base d'un motif particulier est susceptible d'évoluer avec le temps: depuis les années 1980, le sexe et l'orientation sexuelle sont traités autrement que dans les années 1960; de même, la naissance hors mariage a également changé depuis la fin des années 1970; dans les années 1990, la nationalité a perdu l'apparence de légitimité qu'elle pouvait sembler revêtir jadis;²³ l'âge et le handicap, les prochains candidats à un traitement comme motifs suspects, sont rapidement montés dans la hiérarchie des motifs interdits²⁴ et il n'est guère douteux que la législation de l'Union aura un impact important – en fait, probablement décisif – sur cette évolution.

¹⁶ Voir Ct. HR, *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, Série A n° 280-B, p. 29, § 27; *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, Série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24; *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, Rapports des arrêts et décisions 1998-II, p. 587, § 37)

¹⁷ En effet, en partie pour les mêmes motifs qu'une ingérence dans la vie sexuelle d'une personne ne pourra se justifier que par des raisons très sérieuses (voir, par exemple, Cour eur. DH, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1999; *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (Requête N° 31417/96 et 32377/96), arrêt du 27 septembre 1999; et Cour eur. DH (3^e section), *A.D.T. c. Royaume-Uni* (Requête N° 35765/97), arrêt du 31 juillet 2000, CEDH 2000-IX, § 37) – ayant trait aux aspects les plus intimes de la personnalité d'une personne, de telles questions devraient en principe ne pas concerner le monde extérieur –, la Cour a considéré que les différences fondées sur une orientation sexuelle requièrent des raisons particulièrement graves pour se justifier: voir Cour eur. DH (1^{re} section), *L. et V. c. Autriche* (Requête N° 39392/98 et 39829/98), arrêt du 9 janvier 2003, § 45; Cour eur. DH, S.L. c. Autriche (Requête N° 45330/99), arrêt du 9 janvier 2003, § 36; Cour eur. DH (1^{re} section), *Karner c. Autriche* (Requête N° 40016/98), arrêt du 24 juillet 2003, § 37.

¹⁸ Voir Cour eur. DH, *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, au § 42; *Koua Poirrez c. France*, (Requête N° 40892/98), arrêt du 30 septembre 2003, au § 46.

¹⁹ Voir, par exemple, Cour eur. DH, *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, § 30.

²⁰ Cour eur. DH (2^e section), *Palau-Martinez c. France* (Requête N° 64927/01), arrêt du 16 décembre 2003, § 39 (appliquant un test classique fondé sur la légitimité des raisons de la différenciation fondée sur la religion et sur la proportionnalité de la différenciation). Comp. Toutefois, avec Cour eur. DH, *Hoffmann c. Autriche*, arrêt du 23 juin 1993, Série A n° 255-C, au § 36.

²¹ Cour eur. DH, *Karner c. Autriche*, arrêt du 24 juillet 2003, § 40 (bien que la Cour ait conclu à l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle).

²² Voir Cour eur. DH, *Mazurek c. France* (Requête N° 34406/97), arrêt du 1^{er} février 2000, aux §§ 50-51 (bien que la Cour conclue en l'existence d'une discrimination fondée sur la naissance).

²³ Voir, à cet effet, J. Gerards, «Gelijke behandeling en het EVRM», *NJCM-Bulletin*, vol. 29-2, mars 2004, pp. 176-198, en p. 179.

²⁴ Il est à cet égard révélateur que ces motifs aient été mentionnés comme candidats possibles à une désignation explicite dans l'Article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH (voir § 20 du Rapport explicatif).

1.3. Les formes de discrimination interdites

Bien que la même terminologie puisse être utilisée dans différentes significations dans les divers systèmes juridiques, nous pouvons examiner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en établissant une distinction entre les exemples de discrimination suivants. (i) Une discrimination directe se produit lorsque certaines catégories de personnes sont traitées de manière différente sans que cette différence de traitement soit objectivement et raisonnablement justifiée, soit parce qu'elle ne poursuit pas un objectif légitime soit parce qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi. (ii) Une discrimination indirecte se présente sous trois formes différentes: (a) lorsque, sans créer à première vue une différence de traitement (et étant donc apparemment neutre), une réglementation ou une pratique s'avère être particulièrement désavantageuse pour les membres d'une certaine catégorie, si la disposition qui crée le désavantage n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée; (b) lorsqu'une mesure générale est appliquée qui affecte de manière disproportionnée un nombre élevé de membres d'une catégorie particulière, à moins que la mesure qui produit un tel impact disproportionné soit objectivement et raisonnablement justifiée (discrimination résultant de l'impact disproportionné); (c) enfin, lorsque l'auteur d'une mesure générale, sans justification objective et raisonnable, n'a pas traité différemment une personne ou une catégorie spécifique en prévoyant une exception à l'application à l'égard de cette personne ou des membres de cette catégorie de la règle générale. Le fait de ne pas prévoir d'aménagement effectif – à une personne présentant un handicap ou, par exemple, à une personne ayant des besoins spécifiques en raison d'interdictions religieuses – peut être considéré comme un exemple de cette dernière sous-catégorie de discrimination, pour autant qu'une telle discrimination ne trouve pas son origine dans la mesure générale proprement dite, laquelle peut toujours être parfaitement justifiée, mais plus précisément dans le fait de ne pas prendre en compte, jusqu'au niveau de l'individu, la situation spécifique de ceux auxquels s'applique la mesure générale.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se trouve actuellement à une étape transitoire de son développement dans la mesure où elle cherche à dépasser l'interdiction de la discrimination directe afin de renforcer la protection accordée par l'article 14 CEDH mais n'a pas encore élaboré une jurisprudence systématique portant sur les différentes formes de discrimination indirecte qui viennent d'être identifiées. La Cour a reconnu que le fait de ne pas traiter différemment les membres de certaines catégories pourrait constituer une forme de discrimination (qui correspond à la troisième sous-catégorie de discrimination indirecte distinguée ci-dessus). Mais elle s'est montrée plus sceptique envers la tentative d'assimilation de l'impact disproportionné à la discrimination, montrant donc qu'elle reste attachée à la notion selon laquelle la discrimination interdite doit être intentionnelle ou, pour le moins, suffisamment explicite telle qu'elle se produit lorsqu'elle a ses sources dans un traitement ouvertement différencié qui ne peut être justifié objectivement et raisonnablement. Elle a reconnu cependant les difficultés de preuve auxquelles se trouvent fréquemment confrontées les victimes de discrimination et a dès lors accepté récemment de faciliter une telle preuve, au moins lorsque les instances nationales n'ont pas enquêté adéquatement sur des cas de discrimination alléguée. Les paragraphes suivants décrivent brièvement ces évolutions.

La Cour européenne des droits de l'homme a traditionnellement été confrontée à des situations où les lois ou les pratiques d'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme établissaient une différenciation entre des catégories fondées sur des motifs prétendus discriminatoires, soulevant la question de savoir si l'on pouvait considérer de telles différences de traitement comme ayant une justification objective et raisonnable. Dans de telles situations, la question présentée à la Cour consiste à savoir si les lois ou pratiques contestées sont la source d'une discrimination directe à l'égard de la catégorie de personnes vis-à-vis desquelles elles imposent un certain désavantage. Ce n'est qu'en 2000, dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, que la Cour a étendu sa jurisprudence afin d'identifier une violation de l'article 14 CEDH dans le fait de ne pas prévoir d'aménagement effectif pour répondre aux besoins spécifiques de certaines catégories. Le requérant dans cette affaire, un Témoin de Jéhovah, s'était vu refuser une nomination d'expert-comptable en raison de sa condamnation passée pour insubordination consistant

en son refus de porter l'uniforme militaire. Sa requête ne dénonçait pas en tant que telle «la distinction que les règles qui régissent l'accès à la profession établissent entre les personnes condamnées et les autres». Elle concernait plutôt le fait «que, dans l'application de la loi concernée, aucune distinction n'était établie entre les personnes reconnues coupables de délits commis exclusivement en raison de leurs convictions religieuses et les personnes reconnues coupables d'autres infractions».²⁵ La réponse de la Cour est bien connue. Elle enrichit sa compréhension de la notion de discrimination interdite selon l'article 14 CEDH afin d'y inclure comme forme de discrimination non seulement la discrimination directe (i) mais également l'absence de tout aménagement effectif répondant aux besoins spécifiques des personnes dont la situation les distingue de la majorité (ii) (c).²⁶

La Cour a jusqu'ici considéré que le droit selon l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits garantis en vertu de la Convention est violé «lorsque les Etats traitent différemment des personnes qui se trouvent dans des situations analogues sans fournir de justification objective et raisonnable (...). Toutefois, la Cour considère qu'il ne s'agit pas de la seule facette de l'interdiction de discrimination que comprend l'article 14. Le droit de ne pas subir de discrimination au niveau de la jouissance des droits garantis en vertu de la Convention est également violé lorsque les Etats, sans justification objective et raisonnable, ne traitent pas différemment des personnes dont les situations sont significativement différentes. [La Cour doit donc aborder la question de savoir] si le fait de n'avoir pas traité le requérant différemment d'autres personnes convaincues d'un crime poursuivait un but légitime. Dans l'affirmative, la Cour vérifiera s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché. La Cour estime qu'en principe les Etats ont un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable. Toutefois, elle considère par ailleurs que, contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession. L'exclusion du requérant au motif qu'il n'avait pas les qualités requises n'était donc pas justifiée». La Cour estime qu'il n'existait aucune justification objective et raisonnable pour ne pas traiter le requérant différemment d'autres personnes reconnues coupable d'un délit grave.

Le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Thlimmenos* pourrait, par exemple, s'appliquer à l'exécution des réglementations relatives à l'aménagement du territoire, sans prendre en considération les besoins particuliers des Tsiganes résultant de leur tradition de vie et de voyage en caravane.²⁷ Dans ce cas précis, par exemple, la discrimination ne trouverait pas sa source dans l'adoption des réglementations relatives à l'aménagement du territoire mais bien dans le fait de ne pas prendre considération l'impact que pourrait avoir leur application sur les Tsiganes et de ne pas avoir examiné les mesures qui auraient pu être prises, notamment en inscrivant une exception dans la loi.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est engagée récemment dans une deuxième direction en facilitant la preuve de la discrimination, laquelle – lorsque cette preuve peut être offerte en fournissant des données statistiques – conduit à une reconnaissance progressive de la discrimination résultant de l'impact disproportionné d'une loi ou d'une pratique comme une forme de discrimination interdite en vertu de l'article 14 CEDH. La Cour européenne des

²⁵ Cour eur. DH (GC), *Thlimmenos c. Grèce* (Requête N° 34369/97), arrêt du 6 avril 2000, § 42.

²⁶ *Ibid.*, §§ 44-47.

²⁷ Voir Cour eur. DH(GC), *Chapman c. Royaume-Uni* (Requête N° 27238/95), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 127-130 (où la Cour n'exclut pas ce raisonnement, concluant toutefois qu'il n'existait aucune discrimination dans ce cas); Cour eur. DH (GC), *Beard c. Royaume-Uni* (Requête N° 24882/94), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 129-132 (susdit); Cour eur. DH (GC), *Coster c. Royaume-Uni* (Requête N° 24876/94), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 139-142 (susdit); Cour eur. DH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni* (Requête N° 25154/94), arrêt du 18 janvier 2001 (susdit); Cour eur. DH (GC), *Lee c. Royaume-Uni* (Requête N° 25289/94), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 126-130 (susdit).

droits de l'homme ne s'est trouvée confrontée à ces questions de preuve de discrimination que tout récemment.²⁸ Dans l'affaire *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*,²⁹ la Cour s'est trouvée confrontée à des statistiques montrant que, sur une période de 25 ans (1969-1994), 357 personnes avaient été tuées en Irlande du Nord par des membres des forces de sécurité, la grande majorité étant constituée de jeunes gens issus de la communauté catholique ou nationaliste. Selon le requérant, dont le fils avait été tué par les forces de sécurité alors qu'il était sans armes, «Comparé au nombre de personnes tuées issues de la communauté protestante et compte tenu du fait qu'il y a eu relativement peu de poursuites judiciaires (31) et quelques condamnations seulement (quatre, au moment de sa requête), cela montrait qu'il existait une utilisation discriminatoire de la force mortelle et un défaut de protection juridique vis-à-vis d'une partie de la communauté trouvant son fondement dans l'origine nationale ou l'association avec une minorité nationale».³⁰ Bien que, dans cette affaire, la Cour ait abouti à un constat de violation du droit à la vie en vertu de l'article 2 CEDH en raison du manque d'enquêtes appropriées sur la mort du fils du requérant, elle a rejeté la partie de la requête alléguant l'existence d'une discrimination, notant que de simples données statistiques ne pouvaient suffire à prouver l'existence d'une discrimination telle qu'elle est interdite en vertu de l'article 14 CEDH:

Lorsqu'une politique ou une mesure générale a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe particulier, il n'est pas exclu qu'elle puisse être considérée comme discriminatoire nonobstant le fait qu'elle ne visait ou n'était pas orientée spécifiquement vers ce groupe. Cependant, même s'il apparaît statistiquement que la majorité des personnes tuées par les forces de sécurité appartenaient à la communauté catholique ou nationaliste, la Cour ne considère pas que les statistiques peuvent en soi révéler une pratique qui pourrait être classée de discriminatoire au sens de l'article 14.³¹

Bien qu'elle semble réticente à reconnaître la discrimination résultant d'un impact disproportionné en autorisant que la discrimination soit prouvée par des données statistiques, la Cour est consciente du besoin d'adapter les exigences imposées à la victime en matière de preuve au caractère spécifique de la discrimination, qui reste le plus souvent volontairement masquée. Dans l'affaire *Nachova*, où la Cour était confrontée au meurtre par des agents de l'Etat de deux déserteurs d'origine rom et au manque d'enquêtes effectives,³² elle s'est référée aux dispositions relatives à la preuve de discrimination figurant dans la Directive du Conseil 2000/43/CE du 29 juin 2000 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les personnes sans égard à leur origine ethnique ou raciale et la Directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et a conclu que «c'est devenu une vue bien établie en Europe que la mise en application effective de l'interdiction de la discrimination requiert la prise de mesures spécifiques qui prennent en compte les difficultés invoquées dans la preuve de la discrimination (...). La Cour a également souligné le besoin d'une interprétation plus large de la protection prévue par l'article 14 de la Convention (voir l'affaire *Thlimmenos* précitée, § 44). Les Etats Membres ont exprimé leur résolution de mieux protéger les personnes contre la discrimination en soumettant à la ratification le Protocole N° 12 à la Convention».³³ La Cour a dès lors considéré que

²⁸ Il conviendrait de souligner que, en qualité de tribunal international jugeant de questions portant sur la responsabilité de l'Etat, la Cour ne prononce pas de jugement sur la responsabilité, civile ou pénale, d'un défendeur confronté à une allégation selon laquelle cette personne aurait agi de façon discriminatoire. Voir Cour eur. DH, *Ribitsch c. Autriche*, arrêt du 4 décembre 1995, Série A n° 336, p. 24, § 32; Cour eur. DH (1^{re} section), *Nachova et autres c. Belgique* (Requête N° 43577/98 et 43579/98), arrêt du 26 février 2004, § 166, avec d'autres références encore.

²⁹ Cour eur. DH (3^e section), *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* (Requête N° 24746/94), arrêt du 4 mai 2001.

³⁰ *Ibid.*, § 152.

³¹ *Ibid.*, § 154. La même formulation a été adoptée par une Chambre constituée au sein d'une autre section de la Cour, dans l'affaire *McShane c. Royaume-Uni*, qui a soulevé des questions identiques: voir Cour eur. DH (4^e section), *McShane c. Royaume-Uni* (Requête N° 43290/98), arrêt du 25 mai 2002, §§ 132-136.

³² Cour eur. DH (1^{re} section), *Nachova et autres c. Bulgarie* (Requête N° 43577/98 et 43579/98), arrêt du 26 février 2004, § 158. L'arrêt a maintenant été renvoyé devant la Grande Chambre de la Cour.

³³ *Ibid.*, § 168.

Dans les affaires où, dans leur enquête sur les actes de violence perpétrés par des agents de l'Etat, les autorités n'ont pas suivi toutes les pistes et n'ont pas tenu compte de la preuve d'une discrimination éventuelle, [la Cour européenne des droits de l'homme] peut, lorsqu'elle examine des requêtes prenant appui sur l'article 14 de la Convention, s'appuyer sur des inférences négatives ou inverser la charge en imposant celle-ci au gouvernement défendeur.³⁴

Cette position de la Cour contraste avec son ancienne attitude plus prudente, lorsqu'elle s'est trouvée confrontée à l'allégation que les instances de l'Etat avaient commis un acte de discrimination raciale. Cette prudence pouvait s'expliquer alors par un refus de la Cour de voir un Etat bénéficier de son propre manquement: lorsqu'elle est confrontée à l'allégation que la mort de personnes tuées par des agents de l'Etat avait une connotation raciale, les Etats ont l'obligation positive de mener une enquête officielle avec diligence et de manière impartiale, en tenant compte du besoin de réaffirmer sans cesse la condamnation par la société du racisme et de la haine raciale et de préserver la confiance des minorités dans la capacité des pouvoirs publics à les protéger contre la menace de la violence raciste³⁵; lorsque les pouvoirs publics ne respectent pas cette obligation, il se justifie alors d'inverser la charge de la preuve et de présumer l'existence d'une discrimination, même en absence de toute preuve positive la démontrant. Les circonstances dans l'affaire Nachova devraient être néanmoins considérées comme exceptionnelles. Dans des affaires plus récentes, la Cour a montré qu'elle ne voulait pas trouver qu'une discrimination s'était produite en l'absence de faits matériels indiquant clairement cette conclusion. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire Balogh c. Hongrie, le requérant, d'origine ethnique rom, a été maltraité par les officiers de police, conduisant la Cour, à une faible majorité de 4 voix contre 3, à y voir une violation de l'Article 3 CEDH; mais, alors que le requérant prétendait que les officiers de police suspectés étaient conscients du fait qu'il était d'origine rom et notait que la conduite discriminatoire de la police hongroise vis-à-vis des personnes d'origine rom était bien documentée, la Cour distingua explicitement sa situation, où il n'existait aucun fondement tangible dans la plainte qu'il avait été victime de discrimination, de celle des requérants de l'affaire Nachova.³⁶ Dans l'affaire Hasan Ilhan c. Turquie, le requérant soutenait que la destruction de son domicile familial et de ses biens était le résultat d'une politique officielle, qui constituait une discrimination en raison du statut de membre d'une minorité nationale du requérant; cette plainte fut rejetée, la Cour estimant que le fondement permettant d'étayer cette allégation était en fait insuffisant.³⁷

1.4. Action positive

Il n'existe aucune jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la compatibilité avec l'article 14 CEDH portant sur les mesures d'action positive.³⁸ L'on doit cependant considérer que de telles mesures seront jugées acceptables au regard de l'exigence de non-discrimination. Dans le préambule au Protocole N° 12, les signataires réaffirment que «le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité effective et complète, pourvu qu'il existe une justification objective et raisonnable de ces mesures». Le rapport explicatif du Protocole N° 12 spécifie à cet égard.³⁹

³⁴ Ibid., § 169.

³⁵ Ibid., § 157.

³⁶ Cour eur. DH (2^e section), *Balogh c. Hongrie* (Requête N° 47940/99), arrêt du 20 juillet 2004, § 79.

³⁷ Cour eur. DH (2^e section), *Hasan Ilhan c. Turquie* (Requête N° 22494/93), arrêt du 9 novembre 2004, §§ 128-130.

³⁸ Sur la question abordée dans les paragraphes suivants, voir également J.-Fr. Flauss, «Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme», dans: *Pouvoir et liberté. Mélanges offerts à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 415.

³⁹ Rapport explicatif du Protocole n° 12 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, H (2000) 11 prov., 29 Août 2000, § 16.

Le fait que certains groupes ou catégories de personnes soient défavorisés ou l'existence de certaines inégalités de fait, peuvent constituer une justification pour l'adoption de mesures octroyant des avantages spécifiques afin de promouvoir l'égalité, sous réserve que le principe de proportionnalité soit respecté. (...) Toutefois, le présent protocole n'impose aucune obligation d'adopter de telles mesures. En effet, une telle obligation de caractère programmatique s'accommoderait mal du caractère global de la Convention et de son système de contrôle, qui sont fondés sur une garantie collective des droits individuels énoncés en des termes suffisamment spécifiques pour être justifiables.

Que ce soit en vertu de l'article 14 CEDH ou de l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH, une action positive devrait être considérée comme admissible pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit objectivement et correctement justifiée, autrement dit, pourvu qu'elle poursuive un objectif légitime et qu'elle ne réalise pas cet objectif par des moyens disproportionnés. A l'instar de la lutte contre d'autres formes de discrimination, la lutte contre le racisme et la xénophobie constitue incontestablement un objectif très important pour la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle affirme être «particulièrement consciente de l'importance vitale que revêt la lutte contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations».⁴⁰ Comme nous l'avons vu, dans certains cas, la discrimination fondée sur des motifs de race peut également constituer un traitement dégradant au sens de l'Article 3 de la Convention.⁴¹ A fortiori, le besoin de combattre la discrimination raciale représente l'un des objectifs légitimes que les Etats parties à la Convention peuvent souhaiter poursuivre, même s'il conduit à certaines restrictions des droits et libertés énumérés par la Convention, tels que le droit à la non-discrimination. Cela ne veut pas dire que l'action positive ne pourrait s'appuyer que sur le principe qu'elle combat la discrimination, étant considérée comme une mesure corrective ou rétroactive. La Cour estime qu'une «société démocratique» est une société fondée sur les valeurs de diversité et de tolérance. Cela semblerait impliquer qu'elle autoriserait des formes d'action positive qui ne sont pas fondées sur une discrimination préexistante face à laquelle elles réagiraient ou qu'elles chercheraient à compenser mais qu'elles sont justifiées par l'objectif consistant à organiser une diversité. Il est toutefois probable qu'elle considérerait l'action positive comme une restriction disproportionnée au droit à l'égalité de traitement lorsqu'elle ne correspondrait pas aux critères stipulés dans les traités internationaux de protection des droits de l'homme pertinents,⁴² en particulier lorsque la mesure ne serait pas temporaire mais risquerait de conduire plutôt à la création et au maintien de droits séparés.

2. Le champ d'application de l'article 14 CEDH

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ne crée pas de protection indépendante contre la discrimination. Il ne peut être invoqué qu'en combinaison avec une autre disposition normative de la Convention européenne des droits de l'homme ou de l'un de ses Protocoles additionnels: ce n'est que lorsque l'existence de la discrimination est avérée dans le cadre de la jouissance des droits et libertés mentionnés dans la Convention que l'article entrera en jeu. Ceci ne signifie pas que l'article 14 CEDH n'a pas de fonction autonome à remplir dans le système de la Convention. Au contraire, il complète toutes les autres dispositions normatives en y ajoutant l'exigence qu'elles soient appliquées et mises en œuvre sans discrimination. Dans l'affaire «relative à certains

⁴⁰ Eur. Ct. H.R., *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, § 30.

⁴¹ Commission européenne des droits de l'homme, affaire de *East African Asians (Patel et al.)*, décision du 10 octobre 1970, *Ann. Conv.*, vol. 13, p. 995; Eur. Ct. H.R., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 mai 1985, Série A n° 94, p. 42, §§ 90-91; Eur. Ct. H.R., *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1999, § 121.

⁴² Pour un résumé de la position adoptée par les instruments juridiques internationaux, voir la Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme (53^e session), la Commission des droits de l'homme, prévention de la discrimination, de l'ONU, «Le concept et la pratique de l'action positive», rapport final soumis par M. Marc Bossuyt, Rapport spécial, conformément à la Résolution de la Sous-commission 1998/5, E/CN.4/Sub.2/2002/21 (21 juin 2002).

aspects des lois sur l'utilisation des langues dans l'enseignement en Belgique» contre Belgique (l'«affaire linguistique belge»), la Cour a noté que, bien que le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création d'un type particulier d'établissement d'enseignement ne pouvait être déduit de l'article 2 du Protocole N° 1,

...néanmoins un Etat qui avait créé un tel établissement ne pouvait pas, en fixant des exigences d'entrée, prendre de mesures discriminatoires au sens de l'article 14. [Ainsi, de la même manière,] l'article 6 de la Convention n'astreindrait pas les Etats à instituer un double degré de juridiction. Un Etat qui établit de telles cours d'appel irait par conséquent au-delà des obligations positives dérivées de l'article 6. Il violerait pourtant cet article, combiné avec l'article 14, s'il refusait cette voie de recours à certains sans raison légitime, alors qu'il l'ouvrirait à d'autres pour la même catégorie de litiges. Dans des cas semblables, on se trouverait en présence d'une violation d'un droit ou d'une liberté garantis, tels qu'ils sont énoncés par l'article pertinent combiné avec l'article 14. Tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent, et par exemple suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention.⁴³

Donc, l'application de l'article 14 CEDH ne présuppose pas une violation d'un autre droit ou d'une autre liberté de la Convention: une violation de la clause de non-discrimination peut être constatée, même si, considérée indépendamment de cette clause, la disposition avec laquelle elle est combinée n'est pas violée. Pour tomber sous le champ d'application de l'article 14 CEDH – et, donc, pour être justiciable par la Cour européenne des droits de l'homme –, il reste néanmoins obligatoire que la discrimination se produise «sous le champ d'application» d'un ou de plusieurs autres droits de la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme formule cette restriction en déclarant que «l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour 'la jouissance des droits et libertés' que garantissent ces dispositions. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses».⁴⁴

Par conséquent, à moins qu'une discrimination alléguée se produise dans le cadre de la jouissance d'un droit protégé en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme (par exemple, dans la protection du domicile ou du droit aux avantages de la sécurité sociale considérés comme faisant partie du droit à la propriété⁴⁵) ou soit fondée sur l'exercice d'un droit protégé par la Convention (comme, par exemple, la liberté de religion ou la liberté de choisir son orientation sexuelle)⁴⁶, l'article 14 CEDH ne trouvera pas à s'appliquer. En

⁴³ Cour eur. DH, arrêt du 23 juillet 1968, Série A n° 6, pp. 33-34, § 9.

⁴⁴ Cette formulation est constante dans la jurisprudence de la Convention. Voir, par exemple, Cour eur. DH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, Série A n° 94, p. 35, § 71; Cour eur. DH, *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, Série A n° 126, p. 17, § 36; *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, Série A n° 291-B, p. 32, § 22; Cour eur. DH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, *Rapports des arrêts et décisions 1997-I*, p. 184, § 33; Cour eur. DH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Rapports des arrêts et décisions 1998-II*, p. 585, § 22; Cour eur. DH, *Haas c. Pays-Bas* (Requête N° 36983/97), arrêt du 13 janvier 2004, § 41.

⁴⁵ Voir Cour eur. DH, *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996, *Rapports des arrêts et décisions 1996-IV*, p. 1141; Cour eur. DH (2^e section), *Koua-Poirrez c. France* (Requête N° 40892/98), arrêt du 30 septembre 2003.

⁴⁶ Robert Wintemute, «Au sein du champ d'application: Quelle est la dimension du 'vide' dans l'Article 14 de la Convention européenne sur les droits de l'homme ?», (2004) E.H.R.L.R. 366, en page 371. Voir Cour eur. DH (GC), *Thlimmenos c. Grèce* (Requête N° 34369/97), arrêt du 6 avril 2000, § 42 (Article 14 CEDH invoqué fructueusement en combinaison avec l'Article 9 CEDH par un Témoin de Jéhovah qui s'est vu refuser l'accès à la profession d'expert-comptable en raison d'une condamnation pénale passée pour avoir refusé de servir dans l'armée en raison de motifs religieux). L'Article 14 CEDH peut être censé s'appliquer – quelle que soit la nature du préjudice infligé ou de l'avantage refusé – lorsque la discrimination pénalise des personnes pour avoir cherché à défendre leurs droits devant un tribunal (Article 6 CEDH), pour avoir choisi une orientation sexuelle ou un style de vie particulier ou pour avoir un statut familial particulier (Article 8 CEDH), pour avoir pratiqué leur religion (Article 9 CEDH), pour les opinions qu'elles ont exprimées (Article 10 CEDH), pour avoir adhéré à une association ou avoir refusé d'adhérer à une association (Article 11 CEDH), pour s'être marié ou avoir refusé de se marier ou avoir refusé d'entrer dans une relation maritale (Article 12 CEDH).

Esselien | 1935

conséquence, un certain nombre d'exemples de discrimination dans l'accès à l'emploi ne seront pas considérés comme relevant du champ d'application de l'article 14 CEDH⁴⁷.

Bien que l'article 14 CEDH ait donc un champ d'application limité, cette limitation est en partie compensée dans le système de la Convention par un certain nombre de facteurs. Tout d'abord, l'article 8 CEDH protège le «droit au respect de la vie privée et familiale». En raison de l'interprétation extensive qui a été donnée à cette disposition dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence de non-discrimination s'étend à une diversité de situations qui auraient été exclues selon une lecture littérale – et plus restrictive – de la Convention.⁴⁸ Par exemple, cela pourrait impliquer que les modalités selon lesquelles les indemnités sont attribuées aux personnes ayant un handicap devraient respecter l'article 14 CEDH, excluant les systèmes selon lesquels de telles indemnités seraient accordées de façon discriminatoire.⁴⁹ Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les pouvoirs publics n'étaient pas obligés en vertu de l'article 8 CEDH de prendre des mesures afin de faciliter l'intégration sociale ou professionnelle des personnes handicapées, par exemple en garantissant l'accessibilité des sites balnéaires privés⁵⁰ ou des bâtiments publics aux personnes à mobilité réduite⁵¹ ou en leur fournissant un certain équipement qui permettrait de diminuer leur dépendance vis-à-vis d'autrui.⁵² La Cour a conclu que l'article 8 CEDH étant inapplicable dans de tels cas, l'article 14 CEDH ne pouvait pas être invoqué non plus.

Deuxièmement, s'il est combiné au droit de toute personne au respect de ses biens protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 CEDH, l'article 14 CEDH interdit toute discrimination dans l'octroi d'avantages, qu'il s'agisse ou non d'avantages contributifs. Cela implique que la Convention européenne des droits de l'homme interdit en fait toute discrimination dans le domaine de la sécurité sociale ou de l'assistance sociale. Cette jurisprudence n'étend toutefois pas le champ d'application de l'article 14 CEDH au-delà des situations où il existe un droit établi à certains avantages, plutôt qu'à de simples espérances de profits futurs.⁵³

Troisièmement, lorsqu'elle atteint un certain seuil de gravité, la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique,⁵⁴ le sexe,⁵⁵ la religion⁵⁶ ou l'orientation sexuelle⁵⁷ peut constituer un traitement dégradant, faisant l'objet à l'article 3 CEDH d'une interdiction absolue (c'est-à-dire sans possibilité de justification).⁵⁸ L'impact que produit

⁴⁷ Dans certains cas extrêmes, lorsque des interdictions générales sont imposées, l'incapacité de la personne à avoir accès à certaines professions peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Voir Cour eur. DH (2^e section), *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* (Requête N° 55480/00 et 59330/00), arrêt du 27 juillet 2004, § 48.

⁴⁸ Voir par exemple, Cour eur. DH, *Petrovic c. Autriche* (Requête n°. 20458/92), arrêt du 27 mars 1998, §§ 26-27 (Article 14 CEDH en combinaison avec l'Article 8 CEDH applicable à l'octroi d'une indemnité de congé parental).

⁴⁹ Voir l'avis dissident du juge Mularoni à Cour eur. DH (2^e section), *Koua Poirrez c. France*, arrêt du 30 septembre 2003 (Requête N° 40892/98) (indemnité accordée aux adultes handicapés qui s'étaient vu refuser d'être candidats pour motif de nationalité). La Cour a décidé dans cette affaire qu'il n'y avait pas eu violation de l'Article 14 de la Convention pris en combinaison avec l'Article 1 du Protocole N° 1.

⁵⁰ Cour eur. DH, *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998.

⁵¹ Cour eur. DH, *Zehlanova et Zehnal c. République tchèque*, décision du 14 mai 2002 (Requête N° 38621/97). Voir l'observation de A. Hendriks dans *NJCM-Bull.* 2003, p. 321.

⁵² Cour eur. DH, *Sentges c. Pays-Bas*, décision du 8 juillet 2003 (Requête N° 27677/02).

⁵³ Voir, par exemple, Eur. Comm. HR, *Wanda Paruszewska c. Pologne* (Requête N° 33770/96), décision (irrecevabilité) du 12 avril 1998 (L'Article 14 CEDH ne s'applique pas aux réglementations juridiques obligeant une personne à prendre sa retraite, entraînant une perte salariale pour cette personne).

⁵⁴ Voir le rapport adopté le 14 décembre 1973 par la Commission en vertu de l'ancien Article 31 CEDH dans l'affaire *East African Asians c. Royaume-Uni* (Décisions et rapports 78-A, p. 62).

⁵⁵ Voir Cour eur. DH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Série A n°. 94, en p. 42, § 91.

⁵⁶ Cour eur. DH (GC), *Chypre c. Turquie* (Requête N° 25781/94), arrêt du 10 mai 2001, § 309.

⁵⁷ Cour eur. DH (3^e section), *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (Requête N° 33985/96 et 33986/96), arrêt du 27 septembre 1999, § 121.

⁵⁸ Selon lequel «Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants».

sur la victime un traitement particulier peut suffire à lui conférer son caractère «dégradant», y compris en l'absence d'une intention animant l'auteur du traitement. Par conséquent, dans certaines situations du moins, le refus de prendre en compte les besoins spécifiques d'une personne souffrant d'un handicap afin de rencontrer ces besoins, peut constituer une forme de traitement «dégradant»: dans l'affaire *Price c. Royaume Uni*,⁵⁹ la Cour a conclu qu'en dépit de l'absence de toute «intention véritable d'humilier ou de rabaisser la requérante», «la détention d'une personne gravement handicapée dans des conditions où elle souffre dangereusement du froid, risque d'avoir des lésions cutanées en raison de la dureté ou de l'inaccessibilité de son lit, et ne peut que très difficilement aller aux toilettes ou se laver constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention.»⁶⁰

En dépit de ces précisions et de l'éventuelle extension dans le futur du champ d'application de l'article 14 CEDH, spécialement en combinaison avec l'article 8 CEDH et l'article 1 du Protocole n° 1 CEDH, l'interdiction en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme de la discrimination «dans la jouissance des droits et des libertés» qu'elle garantit reste limitée. En particulier, à moins qu'elle ne soit fondée sur l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la Convention – auquel cas elle sera généralement analysée, plutôt que selon la clause de non-discrimination de l'article 14 CEDH, comme une immixtion dans des droits tels que le droit de choisir une orientation sexuelle ou un style de vie (article 8 CEDH),⁶¹ de pratiquer sa religion (article 9 CEDH),⁶² d'exprimer ses opinions (article 10 CEDH),⁶³ d'adhérer ou de refuser d'adhérer à une association (article 11 CEDH),⁶⁴ de se marier ou de refuser d'entrer en relation maritale (article 12 CEDH) –, une discrimination dans l'emploi et le travail ne tombera pas, en principe, dans le champ d'application de l'article 14 CEDH. C'est pour étendre la protection contre la discrimination dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme que le Protocole n° 12 à la CEDH a été rédigé et ouvert à la signature des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme le 4 novembre 2000.

3. Protocole n° 12 à la CEDH (2000)

L'Article 1 du Protocole n° 12 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme contient une interdiction générale de discrimination:

⁵⁹ Cour eur. DH (3^e section), *Price c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 juillet 2001 (Requête N° 33394/96) (requérant atteint de phocomélie secondaire à l'utilisation de thalidomide, condamné à une courte peine d'emprisonnement pour outrage à la Cour).

⁶⁰ *Price*, paragraphe 30.

⁶¹ Cour eur. DH (3^e section), *Smith et Grady c. Royaume-Uni* (Requête N° 33985/96 et 33986/96), arrêt du 27 septembre 1999 (homosexuels renvoyés de l'armée britannique, après que des enquêtes aient révélé leur homosexualité); Cour eur. DH (3^e section), *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (Requête N° 31417/96 et 32377/96), arrêt du 27 septembre 1999 (susdit).

⁶² Voir, par exemple, Cour eur. DH, *Kalaç c. Turquie* (Requête N° 20704/92), arrêt du 1^{er} juillet 1997, Rap. 1997-IV, p. 1209 (Assesseur auprès du tribunal militaire de l'armée de l'air turque forcé de prendre sa retraite en raison de ce que les autorités turques considéraient comme constituant des violations de la discipline et une conduite scandaleuse: le requérant avait adopté «des opinions fondamentalistes illégales», en devenant membre de la secte fondamentaliste musulmane de Suleyman); *Dahlab c. Suisse* (Requête no. 42393/98, CEDH 2001-V (licenciement d'une enseignante convertie à l'Islam et souhaitant porter un foulard).

⁶³ Cour eur. DH, *Vogt c. Allemagne*, arrêt du 20 novembre 1995 (licenciement de la requérante de son poste d'enseignante dans le système d'enseignement public pour avoir obstinément refusé de quitter le Parti communiste allemand alors qu'elle considérait que l'adhésion à ce parti n'était pas incompatible avec l'obligation de loyauté à la Constitution allemande imposée à tous les fonctionnaires publics: la Cour a considéré que ce licenciement constituait une violation des libertés d'expression et d'association protégées par la Convention, respectivement dans ses Articles 10 et 11).

⁶⁴ *Ibid.*

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.
2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.

Bien que l'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH ne concerne ainsi que la «jouissance de tout droit prévu par la loi», la protection contre la discrimination ainsi accordée par le Protocole va au-delà que celle offerte par l'article 14 CEDH.⁶⁵ Les questions de sécurité sociale étant couvertes par l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 à la CEDH depuis l'affaire *Gaygusuz*, les domaines concernés seront, plus particulièrement, l'accès aux lieux publics, l'accès aux biens, l'accès aux prestations de services, l'accès à la nationalité et, dans certains cas, l'accès à l'emploi. Lorsque la discrimination est fondée sur d'autres motifs que l'exercice des droits protégés selon la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait invoquer le Protocole n° 12 afin d'étendre sa compétence aux situations qui ne sont actuellement pas couvertes par l'article 14 CEDH.

L'article 1 du Protocole n° 12 à la CEDH ne s'impose directement qu'aux pouvoirs publics (qu'ils appartiennent aux branches exécutive, législative ou judiciaire de l'Etat). Toutefois, les Etats peuvent être tenus d'adopter des mesures afin d'interdire la discrimination pratiquée par des personnes privées. Une obligation positive peut être imposée aux Etats parties en vue d'adopter des mesures destinées à interdire la pratique de discrimination par les parties privées, dans des situations où le fait de ne pas adopter de telles mesures serait manifestement déraisonnable et aurait pour effet de priver des personnes de la jouissance des droits prévus par la loi. Le rapport explicatif du Protocole n° 12 mentionne que «[en ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre particuliers], l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'Etat et relèverait alors de l'article 1 du protocole»⁶⁶. Bien que certaines obligations positives puissent donc être imposées aux Etats d'assurer une protection contre la discrimination dans les relations entre parties privées, les Etats parties ne pourraient, sous prétexte d'assurer une protection contre la discrimination, commettre des ingérences disproportionnées dans le droit au respect de la vie privée ou familiale, comme le garantit l'article 8 CEDH. Par conséquent, une division tripartite est requise entre trois types de relations juridiques: dans les interactions entre les pouvoirs publics et les personnes privées, il est interdit à ceux-là d'agir de manière discriminatoire à l'égard de ceux-ci; dans les interactions entre les personnes privées qui se produisent dans le contexte de relations se déroulant dans la sphère du marché, l'Etat peut être tenu d'intervenir afin de prévenir les cas de discrimination les plus flagrants et offrir des recours aux victimes de celle-ci; enfin, dans les interactions entre personnes privées qui concernent le domaine privé, au sens premier de la notion de vie privée et familiale qui concerne la sphère d'intimité, il est interdit aux pouvoirs publics d'intervenir si ceci aboutit à une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la vie privée et familiale, même si leur objectif en agissant de la sorte est de mieux protéger contre les actes discriminatoires. C'est dans le domaine semi-public ou intermédiaire où les obligations de l'Etat sont le moins clairement définies: là, le comportement discriminatoire peut être réglementé afin de prohiber la discrimination mais dans certains cas, on peut débattre quant à savoir s'il s'agit ou non d'une obligation en vertu de l'article 1 du Protocole n° 12 CEDH.

⁶⁵ Voir en général J. Schokkenbroek, «A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol n° 12 to the European Convention on Human Rights» (Un nouveau critère européen de lutte contre la discrimination: Négociation du Protocole n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme), in J. Niessen et Isabelle Chopin (éds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe* (*Le développement d'instruments juridiques pour combattre le racisme dans une Europe diversifiée*), Martinus Nijhoff Publ., Leiden/Boston, 2004, pp. 61-79.

⁶⁶ Rapport explicatif, § 26.

Partie II

La Charte sociale européenne

La Charte sociale européenne a été initialement signée le 18 octobre 1961. Elle était alors conçue comme le complément, dans le domaine des droits économiques et sociaux, de la Convention européenne des droits de l'homme. La Charte comprenait dès lors les droits sociaux fondamentaux des travailleurs tels que le droit au travail, le droit à des conditions de travail équitables, sûres et saines, le droit à une rémunération équitable, le droit d'organisation et de négociation collective, le droit des enfants et des adolescents à une protection, le droit des travailleurs féminins à une protection, le droit à une orientation et une formation professionnelle; mais aussi des droits qui dépassent le domaine de l'emploi tels que le droit à la protection de la santé, le droit à la sécurité sociale, à l'assistance médicale et sociale et aux services de la sécurité sociale, le droit des personnes handicapées à une formation professionnelle, à la réinsertion et la réhabilitation sociale, le droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique, le droit des mères et des enfants à une protection économique et sociale, le droit de mener une activité professionnelle sur le territoire d'autres Etats contractants et le droit des travailleurs migrants et de leurs familles à une protection et une assistance. La Charte sociale européenne a subi cependant de profondes transformations depuis 1988. La liste initiale des 19 droits protégés a été étendue par l'adoption du Protocole additionnel de 1988, lequel ajoute quatre droits étroitement inspirés par les développements survenus dans le droit social de la Communauté européenne (le droit à l'égalité des chances et l'égalité de traitement dans l'emploi et le travail sans discrimination fondée sur le sexe, le droit à l'information et la consultation, le droit de prendre part à la détermination et l'amélioration des conditions de travail et du milieu de travail et le droit des personnes âgées à une protection sociale). Le 3 mai 1996, la Charte sociale européenne révisée étendait encore cette liste de droits pour couvrir un nombre croissant de questions qui allaient au-delà de la protection des travailleurs et de leurs familles, incluant le droit des travailleurs à une protection en cas de résiliation du contrat de travail, le droit des travailleurs à une protection de leurs plaintes en cas d'insolvabilité de leur employeur, le droit à la dignité au travail, le droit de concilier travail et responsabilités familiales, la protection des représentants des travailleurs, le droit des travailleurs à être informés et consultés dans des procédures de licenciement collectif, le droit à une protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale et le droit au logement. L'efficacité de la Charte a été améliorée avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1998, du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives⁶⁷. Les paragraphes qui suivent examinent la contribution potentielle de la Charte sociale européenne à la compréhension de la discrimination dans les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement. Bien que la Charte de 1961 ait déjà imposé une protection contre la discrimination dans l'emploi en vertu du droit au travail (1.), les récents développements ont amélioré cette protection au-delà du domaine de l'emploi, sur la base à la fois de la clause générale de non-discrimination de l'article E de la Charte sociale européenne révisée et de dispositions spécifiques visant l'intégration et la protection sociale des personnes handicapées et des personnes âgées (2.).

⁶⁷ Signé le 9 novembre 1995 (ETS, n° 158).

1. La Charte sociale européenne de 1961

La Charte sociale européenne de 1961 ne comporte pas de disposition explicite sur l'égalité de traitement ou la non-discrimination⁶⁸ bien que le préambule mentionne que «la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale». Cependant, les Etats parties à la CSE qui ont accepté l'Article 1(2) de la Charte sociale européenne⁶⁹ s'engagent à «protéger efficacement le droit du travailleur à gagner sa vie librement dans une activité professionnelle librement consentie». Le Comité d'experts indépendants, actuellement renommé Comité européen des droits sociaux (CEDS), a lu cette clause – conjointement au Préambule de la Charte – comme interdisant toutes les formes de discrimination dans l'emploi.⁷⁰ Il estime que le paragraphe 2 de l'article 1 de la Charte requiert des Etats qu'ils

interdisent légalement toute discrimination, directe ou indirecte, dans l'emploi. Une protection plus forte peut être prévue à l'égard de certains motifs de discrimination, tels que le genre ou l'appartenance à une race ou un groupe ethnique. Les lois et dispositions discriminatoires interdites par cette clause sont toutes celles qui pourraient survenir en rapport avec les conditions d'embauche et de travail d'une manière générale (principalement la rémunération, la formation, la promotion, le transfert, le licenciement et toute autre action préjudiciable).⁷¹

Afin d'être conforme au paragraphe 2 de l'article 1 de la Charte, les Etats qui ont accepté cette clause devraient dès lors «prendre des mesures juridiques afin de garantir l'efficacité de l'interdiction de la discrimination»,⁷² en assurant à toutes les personnes couvertes par la Charte sociale européenne – laquelle recouvre les ressortissants des Etats concernés et des autres Etats parties à la Charte, mais pas les ressortissants de pays tiers⁷³ – qu'elles auront accès à l'emploi et seront traitées sans discrimination au travail (1.1.). De plus, les Etats sont encouragés à s'assurer que le cadre juridique sera effectif, une exigence à partir de laquelle le CEDS a tiré un certain nombre d'exigences supplémentaires (1.2.). Enfin, au-delà des mesures juridiques, des mesures politiques promouvant l'intégration professionnelle de certains groupes cibles sont censées compléter l'adaptation du cadre juridique aux exigences d'une interdiction efficace de la discrimination (1.3.).

⁶⁸ L'Article 4(3) reconnaît toutefois «le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale». L'Article 1 du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, 1988 (ETS, n° 128; entré en vigueur le 4 septembre 1992) garantit le droit à l'égalité des chances et à l'égalité de traitement dans les questions d'emploi et de travail sans discrimination fondée sur le sexe. Cette garantie est détaillée en termes qui s'inspirent fortement de l'acquis existant de la Communauté européenne.

⁶⁹ Le paragraphe 2 de l'Article 1 de la Charte sociale européenne révisée soumise pour signature le 3 mai 1996 contient une clause identique. Les observations qui portent ci-après sur cette clause concernent donc les deux instruments.

⁷⁰ Voir, par exemple, Concl. 2002, pp. 22-28 (France).

⁷¹ Voir également Concl. XVI-1, vol. 2 (Luxembourg), pp. 377-380, bien que ces conclusions n'incluent pas une liste de mesures «promouvant la pleine efficacité des efforts déployés pour combattre la discrimination», conformément à l'Article 1 § 2 de la Charte révisée.

⁷² Ibid.

⁷³ Voir l'Annexe à la Charte sociale, «Portée de la Charte sociale en ce qui concerne les personnes protégées»: les étrangers ne sont inclus en vertu des dispositions normatives de la Charte «que dans la mesure où ils sont des ressortissants des autres Parties contractantes résidant légalement ou travaillant régulièrement sur le territoire de la Partie contractante intéressée (...)».

1.1. Le cadre juridique interdisant la discrimination

Selon le Comité européen des droits sociaux, le cadre juridique⁷⁴ interdisant la discrimination dans l'emploi doit assurer une protection contre la discrimination fondée soit sur tout critère de distinction, soit, à tout le moins, sur les critères de l'opinion politique, de la religion, de la race, de la langue, du sexe, de l'âge et de la santé.⁷⁵ Le CEDS a occasionnellement exprimé quelques doutes concernant la compatibilité avec le paragraphe 2 de l'article 1 CSE d'une loi nationale interdisant la discrimination uniquement à l'égard de certains de ces motifs, dont la liste va au-delà de celle de l'article 13 CE.⁷⁶ Le Comité européen des droits sociaux a estimé cependant que les entreprises spécifiquement fondées en vue de promouvoir une opinion politique ou une croyance religieuse particulière pouvaient légitimement être exemptées de l'interdiction de discrimination et rappelle qu'il a estimé que ces arrangements ne posent pas de problèmes de conformité avec l'article 1 § 2 de la Charte.⁷⁷

Le cadre juridique protégeant contre la discrimination doit présenter au moins quatre caractéristiques pour être conforme à l'article 1 § 2 de la Charte. Tout d'abord, le cadre juridique doit garantir que tout obstacle juridique à l'accès à l'emploi des travailleurs protégés doit être supprimé:⁷⁸ le Comité européen des droits sociaux a soutenu à maintes reprises que l'article 1 § 2 de la Charte requiert que les Parties contractantes abrogent toutes les dispositions statutaires, réglementaires ou administratives qui ne respectent pas le principe d'égalité de traitement,⁷⁹ et que la non-application de la législation nationale discriminatoire ne suffit pas pour qu'une

⁷⁴ Dans les conclusions relatives aux Antilles néerlandaises, le CEDS a précisé que l'application directe de l'Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques constitue une base juridique insuffisante et que la discrimination dans l'emploi doit faire l'objet d'une interdiction juridique plus précise: Voir Concl. XVI-1, vol. 2, pp. 464-467. De même, une clause générale de non-discrimination dans la constitution nationale ne s'avère pas suffisante non plus: «Une législation spécifique portant sur la discrimination dans l'emploi (...) qui est suffisamment détaillée pour protéger les employés dans tous les aspects de leur vie professionnelle» devrait être introduite (concernant la protection accordée en vertu de l'Article 10 de la Constitution turque de 1982: voir Concl. XVI-1, vol. 2 (Turquie), pp. 637-640).

⁷⁵ Dans les récentes conclusions relatives à l'Italie, Le Comité européen des droits sociaux a examiné les dispositions qui protègent contre la discrimination dans l'emploi au sein du système juridique italien. Constatant que ni l'Article 3 de la Constitution ni l'Article 15 de la Loi N° 300/1970 (Statut des travailleurs) – laquelle interdit tout accord ou acte discriminatoire vis-à-vis d'un travailleur en raison de ses opinions politiques, de sa religion, de sa race, de sa langue ou du sexe auquel il appartient – n'offrent de protection contre la discrimination fondée sur l'âge ou la santé, le CEDS a conclu qu'il faudrait remédier à cette omission en vertu du paragraphe 2 de l'Article 1 de la Charte (Concl. 2002 (Italie), p. 75). Dans ses conclusions relatives à la Roumanie à propos de la même disposition de la Charte et au cours du même cycle de contrôle, le CEDS a noté explicitement que la discrimination fondée sur la santé était interdite dans le système juridique roumain bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée dans les réglementations applicables (Concl. 2002 (Roumanie), pp. 117-121).

⁷⁶ Voir, par exemple, Concl. XVI-1, vol. 2 (Belgique), pp. 56-63.

⁷⁷ Concl. XVI-1, vol. 1 (Danemark), pp. 164-168 (remarque exprimée par rapport à la section 6 de la Loi N° 459 du 12 juin 1996, qui interdit toute discrimination sur le marché du travail).

⁷⁸ Par exemple, comme l'interdiction de la discrimination dans l'emploi en vertu de l'Article 1 paragraphe 2 CSE s'étend à l'interdiction de la discrimination fondée sur des motifs de nationalité lorsque les ressortissants d'Etats parties sont concernés (selon la CSE, les seules fonctions dont les étrangers peuvent être bannis en vertu de l'Article 31 de la Charte sont celles qui sont liées par nature à la protection de l'intérêt public ou à la sécurité nationale et impliquent l'exercice d'un pouvoir public), le CEDS a noté, en ce qui concerne la Pologne, que «en vertu de la Loi du 5 décembre 1996 relative à la profession médicale, les ressortissants étrangers qui sont résidents permanents et ont obtenu leurs qualifications médicales en Pologne doivent également demander l'autorisation pour pratiquer leur art. L'octroi d'une telle autorisation est apparemment laissé à l'entière discrétion du district concerné. Le Comité considère que cette pratique pourrait constituer une discrimination dans l'emploi contraire à l'Article 1 § 2 de la Charte» (Concl. XVI-1, vol. 2, pp. 524-528).

⁷⁹ Concl. XIII-5, p. 253.

situation nationale puisse être jugée conforme à la Charte.⁸⁰ Le cadre juridique doit prévoir, en outre, que toute disposition contraire au principe d'égalité de traitement qui apparaît dans des conventions collectives de travail, dans des contrats de travail ou dans des règlements d'entreprises peut être déclarée nulle ou être annulée, abrogée ou amendée. Deuxièmement, des recours appropriés et efficaces doivent être disponibles en cas d'allégation de discrimination. Dans les Conclusions relatives à la Roumanie, le CEDS a observé avec regret que: «Aucun aménagement de la charge de la preuve n'est prévu en cas d'allégation de discrimination. Il incombe entièrement à la personne qui s'estime lésée de prouver qu'il y a eu violation des dispositions anti-discrimination. Le Comité considère que cette situation est de nature à nuire à l'effectivité de l'interdiction de la discrimination dans l'emploi. Il rappelle que la Charte interdit toute discrimination, qu'elle se manifeste dans une règle clairement exprimée ou dans la pratique et souligne que dans le cas d'une discrimination de fait il est souvent difficile voire impossible pour le demandeur d'établir l'existence d'une différence de traitement».⁸¹ Dans ses conclusions sur Malte, le Comité a demandé à cet Etat des informations sur «le régime probatoire en cas d'allégation de discrimination» et souhaite savoir «si l'intention de l'employeur est considérée par le juge comme étant déterminante pour établir une discrimination».⁸² Troisièmement, le cadre juridique doit assurer «une protection contre le licenciement ou toute autre action de rétorsion par l'employeur à l'encontre d'un employé qui a déposé plainte ou qui a intenté une action en justice».⁸³ Quatrièmement, dans le cas d'une violation de l'interdiction de la discrimination, la loi doit prévoir des «sanctions qui dissuadent suffisamment les employeurs ainsi qu'un dédommagement adéquat proportionné au préjudice subi par la victime».⁸⁴

1.2. Les mesures juridiques favorisant la pleine efficacité de l'interdiction de la discrimination

Hormis ces exigences spécifiques que le Comité considère comme découlant directement de l'article 1, paragraphe 2 de la Charte, le Comité mentionne un certain nombre de mesures qui devraient être encouragées parce que, selon ses propres termes, elles «favorisent la complète efficacité des efforts déployés pour combattre la discrimination selon l'article 1 § 2 de la Charte révisée». Les Etats liés par cette disposition devraient reconnaître à cet égard «le droit des syndicats à agir dans des cas de discrimination dans l'emploi, y compris au nom de particuliers». Ils devraient également tenir compte de «la possibilité d'une action collective intentée par des groupes ayant un intérêt à obtenir une sentence établissant que l'interdiction de la discrimination a été violée».⁸⁵ Ils devraient également instituer un organe spécialisé chargé de «promouvoir, de manière indépendante, l'égalité de traitement, tout particulièrement en fournissant aux victimes de discrimination le soutien dont elles ont besoin pour engager des poursuites».⁸⁶

⁸⁰ Concl. XIII-3, p. 66. Voir aussi Concl. XVI-1, vol. 2 (Autriche), pp. 22-27.

⁸¹ Concl. 2002 (Roumanie), pp. 117-121.

⁸² Concl. XVI-1, vol. 2 (Malte), pp. 408-411.

⁸³ Dans les conclusions relatives à la Roumanie, le CEDS a demandé «quelles sont les garanties spécifiques prévues en droit roumain contre le licenciement et les autres mesures de représailles de la part de l'employeur contre le salarié qui a déposé une plainte relative à une discrimination ou qui a intenté une action en justice» (Concl. 2002 (Roumanie), pp. 117-121).

⁸⁴ Le Comité cherche à évaluer si l'indemnisation est «proportionnée au dommage subi par la victime» (Concl. XVI-1, vol. 1 (République tchèque), pp. 125-129). Une indemnisation égale à la rémunération durant la période de préavis semble insuffisante au Comité: voir Concl. XVI-1, vol. 2 (Pologne), pp. 524-528.

⁸⁵ Voir Concl. 2002 (Italie), p. 75.

⁸⁶ Concl. 2002 (Slovénie), pp. 174-176.

1.3. Politiques destinées à améliorer l'intégration professionnelle de groupes cibles

Quoique nécessaires, les mesures juridiques peuvent s'avérer insuffisantes selon le Comité: des mesures concrètes devront, en outre, être prises afin de favoriser une égalité de traitement complète dans l'emploi.⁸⁷ Le Comité encourage donc les Etats parties à mener une politique d'emploi active qui cherche à promouvoir l'intégration des minorités.⁸⁸ A cet égard, le CEDS s'est occasionnellement référé aux Lignes directrices adoptées dans le cadre de la Stratégie européenne pour l'emploi (SEE), dont un pilier concerne l'intégration des groupes défavorisés dans le marché de l'emploi.⁸⁹ L'insistance du Comité sur cette dimension de non-discrimination se fonde sur sa compréhension générale des exigences du paragraphe 2 de l'article 1 de la Charte selon laquelle «bien qu'étant une exigence nécessaire, une législation nationale appropriée qui est conforme à la Charte ne suffit pas pour garantir que les principes inscrits dans la Charte sont réellement appliqués dans la pratique. Dès lors, il ne suffit pas de simplement promulguer l'interdiction de la discrimination (...) en ce qui concerne l'accès à l'emploi; une telle discrimination doit également être éliminée dans la pratique».⁹⁰ Lorsque la situation sur le marché de l'emploi des femmes ou de certaines minorités reste insatisfaisante, le Comité considère que cela démontre que les mesures prises à ce moment sont insuffisantes.

L'on ne s'étonnera donc pas de voir que, dès son premier cycle de contrôle, le Comité d'experts indépendants a noté que l'acceptation du paragraphe 2 de l'article 1 de la Charte impose aux Etats contractants «l'obligation, notamment, d'offrir une éducation et une formation appropriées en vue de garantir l'exercice complet du droit qui s'y trouve garanti».⁹¹ En effet, comme le CEDS examine, sur la base de cette disposition de la Charte, non seulement la pertinence du cadre juridique interdisant la discrimination mais également les résultats qui sont atteints dans l'intégration de certains groupes cibles traditionnellement exclus du marché du travail, le fait d'offrir une formation et une éducation aux membres de ces groupes constitue un moyen pour les Etats parties d'observer leurs obligations en vertu de cette disposition.⁹²

⁸⁷ Dans ses premières conclusions adoptées au sujet de l'Italie, le Comité d'experts indépendants a noté qu'il s'est trouvé «malheureusement dans l'impossibilité de trouver dans le premier rapport du gouvernement italien des informations suffisantes sur l'admission des femmes à certains postes, notamment dans le service public; il a considéré que les droits garantis par la Charte, tout particulièrement en matière de non-discrimination à l'égard des femmes, requérait non seulement que l'Etat supprime tous les obstacles juridiques à leur admission à certains types d'emploi mais également que des mesures positives et pratiques soient prises pour créer une situation qui garantisse vraiment une totale égalité de traitement à cet égard» (Concl. I (publiée le 1.1.1970), en pages 15-16). Voir également les conclusions adoptées au cours de ce même cycle de contrôle portant sur le Royaume-Uni: Concl. I (publiées le 1.1.1970), en page 16.

⁸⁸ Voir Concl. XVI-1, vol. 2 (Norvège), pp. 485-487.

⁸⁹ Voir, par exemple, Concl. XVI-1, vol. 2 (Espagne), pp. 602-606; Concl. XVI-1, vol. 1 (Allemagne), pp. 236-242. Voir également Concl. XVI-1, vol. 1 (République tchèque), pp. 125-129 (référence au plan d'action national pour l'emploi 1999-2000).

⁹⁰ Concl. XVI-1, vol. 2 (Espagne), pp. 602-606.

⁹¹ Concl. I (publiée le 1.1.1970), en p. 15.

⁹² Voir, en ce qui concerne le besoin de fournir une formation et une éducation à la population rom, sous-représentée sur le marché du travail, Concl. XVI-1, vol. 1, pp. 125-129.

Il convient de noter que le CEDS a fréquemment encouragé les Etats parties qui ont accepté d'être liés par le paragraphe 2 de l'article 1 de la Charte sociale européenne à se conformer aux obligations imposées par le droit de l'Union européenne dans le domaine de la non-discrimination dans l'emploi⁹³: en effet, comme le prouve son insistance sur l'établissement d'un cadre juridique protégeant de la discrimination avec l'efficacité requise, y compris en ce qui concerne la charge de la preuve dans des affaires de discrimination et le rôle des syndicats et des organisations qui ont un intérêt dans la lutte contre la discrimination, les développements observés dans la jurisprudence du CEDS semblent avoir été influencés par l'évolution de la législation de la Communauté européenne en matière de lutte contre la discrimination.

2. La Charte sociale européenne révisée de 1996

L'adoption de la Charte sociale européenne révisée de 1996, un des principaux résultats de la «revitalisation» de la Charte lancée en 1990, a conduit non seulement à une extension de la liste des droits substantiels protégés par le nouvel instrument mais aussi à deux modifications importantes en matière de lutte contre la discrimination. Tout d'abord, l'article E a été inséré dans la partie V de la Charte révisée, qui contient des clauses «horizontales» applicables à la généralité de ses clauses normatives. Selon l'article E:

La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation.

Dans sa décision sur le bien-fondé de la réclamation collective n°13/2002 déposée par Autisme-Europe contre la France, le Comité européen des droits sociaux a conclu par 11 voix contre 2 que la France avait violé les articles 15 § 1 (l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle dans le cadre du droit commun chaque fois que possible) et l'article 17 § 1 (droit à l'éducation en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin) de la Charte sociale européenne révisée, soit seuls soit en combinaison avec l'Article E (non-discrimination) parce que la proportion d'enfants autistes qui suivent un enseignement dans des écoles générales ou spécialisées est moins importante que celle des autres enfants, qu'il soient handicapés ou non, et en raison du manque chronique d'infrastructure de soins et de soutien pour les adultes autistes. En adoptant cette décision, le Comité a souligné que «l'insertion de l'article E dans un article séparé de la Charte révisée indique l'importance accrue que les auteurs ont accordé au principe de non-discrimination en ce qui concerne l'obtention des différents droits normatifs qui s'y trouvent contenus». Il a considéré que cette disposition devrait être interprétée par analogie avec l'article 14 de la CEDH dont elle reprend la formulation, comme protégeant de la discrimination dans la jouissance des droits substantiels de la Charte, sur tous les motifs ne se limitant pas à ceux énumérés explicitement dans cette disposition. Il conviendrait également de souligner que, bien que l'Article E de la Charte sociale européenne révisée n'ait donc pas d'existence autonome (il ne peut être invoqué qu'en combinaison avec les dispositions normatives de la Charte), le

⁹³ Par exemple, dans les conclusions relatives à l'Allemagne, le Comité «estime (...) que la nature fragmentaire des lois relatives à l'emploi et le fait que la charge de la preuve incombe entièrement au plaignant créent une barrière majeure empêchant les employés d'exercer leurs droits. Le Comité demande si les autorités allemandes envisagent d'introduire une législation ou des procédures spécifiques pour remédier à ce problème, par exemple, lorsque la Directive du Conseil 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail est incorporée dans la législation nationale» (Concl. XVI-1, vol. 1, pp. 236-242). Cette référence à la législation de l'Union n'est nullement exceptionnelle dans la jurisprudence du CEDS.

Eva | 1980

champ d'application de la protection qu'il offre est pourtant bien plus large que celui de l'article 14 de la CEDH, en raison du vaste éventail des droits protégés en vertu de la Charte – ce qui inclut, par exemple, le droit au travail, à la formation et à l'orientation professionnelle, à la protection de la santé, à la protection sociale des personnes âgées, à la protection contre la pauvreté et à l'exclusion sociale ou au logement –. Cela favorise l'influence que la jurisprudence développée par le Comité européen des droits sociaux peut avoir sur le développement des directives de la CE.

Plus important encore, le Comité a cité l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* selon lequel le principe de non-discrimination «est également transgressé lorsque les Etats, sans fournir de justification objective et raisonnable, n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont différentes» et a conclu:

En d'autres termes, il faut non seulement, dans une société démocratique, percevoir la diversité humaine de manière positive, mais aussi réagir de façon appropriée afin de garantir une égalité réelle et efficace.

A ce titre, le Comité considère que l'article E interdit non seulement la discrimination directe, mais aussi toutes les formes de discrimination indirecte, que peuvent révéler soit les traitements inappropriés de certaines situations, soit l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs.⁹⁴

Tout en reconnaissant que la réalisation de certains droits ayant d'importantes implications budgétaires pourraient requérir un important étalement dans le temps, le Comité européen des droits sociaux a estimé – s'inspirant clairement en cela de l'approche adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU concernant les obligations découlant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui doivent être progressivement réalisés⁹⁵ – que

Lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'Etat partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser. Les Etats parties doivent en outre être particulièrement attentifs à l'impact des choix opérés par eux sur les groupes dont la vulnérabilité est la plus grande ainsi que sur les autres personnes concernées, tout particulièrement les familles sur qui, en cas de carence institutionnelle, pèse un écrasant fardeau.⁹⁶

Le Comité a estimé que «en dépit d'un débat national vieux de plus de vingt ans sur l'importance du groupe concerné et les stratégies pertinentes de prise en charge», la France n'a pas progressé suffisamment dans la réalisation du droit à l'éducation pour les personnes atteintes d'autisme. Elle s'est donc rendue coupable de violation de la Charte Sociale européenne révisée, non simplement en raison de ce qu'elle n'a pas atteint un résultat déterminé mais parce qu'elle n'a pas pu démontrer avoir adopté des dispositions à la mesure maximale de ses ressources disponibles en vue de traiter comme une priorité la situation des groupes vulnérables tels que les personnes handicapées. Cette décision illustre la façon dont l'exigence de non-discrimination peut amener à orienter la réalisation de droits socio-économiques tels que le droit à l'éducation en identifiant les catégories qui, en raison de leur vulnérabilité particulière, méritent une attention toute particulière.

⁹⁴ At § 52.

⁹⁵ Voir en particulier le CESCR, Observation générale n° 5: Personnes handicapées, adoptée lors de la 11^e séance du Comité (1994) (UN doc. E/1995/22), dans *Compilation des observations générales et recommandations générales adoptées par les organes du traité des droits de l'homme* (UN doc. HRI/GEN/1/Rév.7, 12 mai 2004), p. 26: «comme les dispositions de la Convention s'appliquent intégralement à tous les membres de la société, les personnes handicapées peuvent clairement prétendre à l'éventail complet des droits reconnus dans la Convention. En outre, dans la mesure où un traitement spécial est nécessaire, les Etats parties sont tenus de prendre les mesures appropriées, dans la mesure optimale des ressources dont ils disposent, afin de permettre à de telles personnes de tenter de surmonter tous les désavantages quels qu'ils soient en termes de jouissance des droits spécifiés dans la Convention, qui découlent de leur handicap».

⁹⁶ At § 53.

Une deuxième contribution de la Charte sociale européenne révisée a consisté en une modification de l'article 15 de la Charte, afin de renforcer le droit des personnes handicapées à l'indépendance, à l'intégration sociale et à la participation dans la vie de la communauté et d'aller au-delà d'une approche centrée (dans la version de 1961 de cette disposition) sur la réhabilitation et la réinsertion sociale. Dans ses premières interprétations de l'article 15 de la Charte sociale européenne révisée, le Comité a déclaré à propos de cette disposition qu'elle «permettait la progression du changement de la politique en matière de handicap qui s'était développé au cours de la dernière décennie, partant de la sécurité sociale et la ségrégation et se dirigeant vers l'inclusion et le choix». En conséquence, il considère que l'article 15 de la CSE révisée renferme une exigence de non-discrimination. Par exemple,⁹⁷

Dans la mesure où l'article 15 paragraphe 1 de la Charte révisée mentionne explicitement l'«éducation», (...) l'existence d'une législation interdisant la discrimination [est nécessaire] en tant qu'important outil pour faire progresser l'inclusion des enfants handicapés dans les programmes scolaires d'enseignement général ou traditionnel. Une telle législation devrait, au minimum, exiger une justification particulière des systèmes d'enseignement spéciaux ou séparés et garantir un recours effectif à ceux qui se sont trouvés illégitimement exclus ou mis à l'écart ou se sont vu autrement refuser un droit effectif à l'éducation.

L'article 15 paragraphe 3 de la Charte sociale européenne révisée concerne l'intégration et la participation de personnes handicapées dans la vie de la communauté. Selon le Comité européen des droits sociaux, cette disposition requiert l'adoption de mesures positives pour obtenir leur intégration dans le logement, le transport, les télécommunications, les infrastructures culturelles et de loisirs. Comme l'article 15 paragraphe 3 de la Charte sociale européenne révisée se réfère à la participation des personnes handicapées, le Comité européen des droits sociaux exige aussi que «les personnes handicapées et les organisations qui les représentent soient consultées dans la conception et l'examen continu de telles mesures d'action positive et qu'un forum approprié existe à cette fin».⁹⁸ En outre, l'article 15 paragraphe 3 de la Charte sociale européenne révisée requiert l'adoption d'une législation interdisant la discrimination (ou offrant une protection similaire) «couvrant à la fois les sphères publique et privée dans des domaines tels que le logement, le transport, les télécommunications, les activités culturelles et de loisirs ainsi que des recours effectifs pour ceux qui ont été traités injustement».⁹⁹

L'article 23 de la Charte sociale européenne révisée garantit le droit des personnes âgées à une protection sociale.¹⁰⁰ Le Comité lit cette disposition comme requérant l'introduction d'une législation de non-discrimination protégeant les personnes âgées contre la discrimination fondée sur l'âge.¹⁰¹ Il insiste aussi sur l'offre de ressources suffisantes aux personnes âgées, par des pensions ou d'autres formes d'assistance financière, lorsque ces personnes ne perçoivent pas de rémunération, ou par un niveau de rémunération adéquat; sur l'offre de services et d'infrastructures, y compris l'offre de services d'aide à domicile et des centres de soins de jour, en particulier pour les personnes âgées atteintes de la maladie d'Alzheimer; sur les programmes de soins de santé et services qui visent spécifiquement les personnes âgées; sur l'inclusion des besoins des personnes âgées dans les politiques de logement nationales et locales; sur la disponibilité, l'accessibilité et la qualité des institutions résidentielles pour personnes âgées; et sur la possibilité pour les personnes âgées, leurs familles et les organisations sociales et syndicales de déposer plainte au sujet des soins et du traitement dans l'institution.

⁹⁷ Concl. 2003-1, p. 159 (France – Article 15 paragraphe 1); Concl. 2003-1, p. 292 (Italie – Article 15 paragraphe 1); Concl. 2003-2, p. 498 (Slovénie – Article 15 paragraphe 1); Concl. 2003-2, p. 608 (Suède – Article 15 paragraphe 1).

⁹⁸ Concl. 2003-1, p. 168 (France – Article 15 paragraphe 3); Concl. 2003-1, p. 507 (Slovénie – Article 15 paragraphe 3).

⁹⁹ Concl. 2003-1, p. 170 (France – Article 15 paragraphe 3); Concl. 2003-1, p. 298 (Italie – Article 15 paragraphe 3); Concl. 2003-2, p. 508 (Slovénie – Article 15 paragraphe 3); Concl. 2003-2, p. 614 (Suède – Article 15 paragraphe 3).

¹⁰⁰ Cette clause n'a pas d'équivalent exact dans la Charte sociale européenne de 1961. Elle a été introduite initialement comme Article 4 du Protocole additionnel du 4 mai 1988, qui a ajouté quatre droits à la liste d'origine contenue dans la Charte de 1961.

¹⁰¹ Concl. 2003, vol. 1 (Italie), p. 314.

Partie III

Une comparaison avec les Directives de la CE: principales questions d'interprétation

Ainsi qu'il a déjà été mentionné, l'adoption en 2000 de la Directive d'égalité raciale et celle de la Directive-cadre au sein de la Communauté européenne ont influencé à la fois la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation de l'article 14 CEDH et le Comité européen des droits sociaux: l'insistance de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire Nachova, sur la nécessité d'adapter les règles relatives à la preuve afin de faciliter celle-ci lorsqu'est alléguée une discrimination est explicitement reliée par la Cour aux directives communautaires; lors de son examen des rapports remis par les Etats membres de l'Union européenne, le Comité européen des droits sociaux insiste sur le fait que, pour promouvoir la pleine efficacité des efforts déployés pour lutter contre la discrimination en vertu de l'article 1 § 2 de la Charte (révisée), les Etats qui ont accepté cette disposition devraient mettre en œuvre pleinement la Directive d'égalité raciale et la Directive-cadre, spécialement les clauses procédurales de celles-ci qui concernent le rôle des organisations ayant un intérêt dans la lutte contre la discrimination et, dans le contexte de la Directive d'égalité raciale, des organismes de promotion de l'égalité de traitement. Les paragraphes qui suivent s'interrogent, à l'inverse, sur l'influence que peut exercer sur l'interprétation des Directives adoptées sur la base de l'Article 13 CE la jurisprudence décrite ci-dessus.

Une première observation porte sur les conséquences du choix des Etats membres lors de l'adoption du Traité d'Amsterdam, de prévoir que le Conseil peut adopter des mesures contre la discrimination fondée sur un certain nombre de motifs: la race ou l'origine ethnique, le sexe, l'orientation sexuelle, la religion ou les convictions, le handicap et l'âge; et du choix par le Conseil, ultérieurement, d'offrir une protection contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique qui soit plus large que celle prévue contre la discrimination fondée sur les autres motifs mentionnés dans l'article 13 CE. Comme nous l'avons vu, le Comité européen des droits sociaux insiste sur le fait que le cadre juridique interdisant la discrimination dans l'emploi doit protéger contre la discrimination fondée soit sur tout motif quelconque, soit à tout le moins, sur les motifs liés à l'opinion politique, la religion, la race, la langue, le sexe, l'âge et la santé. La question se pose dès lors de savoir si le fait d'omettre à la fois l'opinion politique et la langue dans l'article 13 CE et donc dans les Directives, crée un risque de non-conformité avec l'article 1 paragraphe 2 de la Charte sociale européenne (ou de la Charte sociale européenne révisée) dans le chef des Etats membres qui ont accepté cette disposition, lorsqu'ils ont choisi de ne pas étendre le champ d'application de la protection contre la discrimination accordée aux personnes relevant de leur juridiction à ces motifs. Il y a lieu également de se demander si une interdiction de la discrimination fondée sur un «handicap», comme dans la Directive 2000/78/CE, est suffisante ou si elle devrait plutôt être mise en œuvre comme une interdiction contre la discrimination fondée sur le motif de «santé» (ou, peut-être, de «condition physique ou mentale»), selon une approche symétrique plutôt qu'asymétrique. Bien que le Comité européen des droits sociaux ait explicitement reconnu qu'une protection renforcée peut être accordée en ce qui concerne certains motifs de discrimination (citant à cet égard le genre ou l'appartenance à une race ou un groupe ethnique), il peut être moins justifiable pour les Etats parties à la Charte de n'offrir absolument aucune protection contre la discrimination fondée sur certains motifs non mentionnés dans les Directives.¹⁰²

Les observations qui suivent examinent, pour chaque motif couvert par la Directive d'égalité raciale et la Directive-cadre, les leçons qui peuvent être tirées de la jurisprudence présentée ci-dessus ou, plus généralement, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est développée sur d'autres bases que les clauses de non-discrimination de la CEDH afin de traiter certaines questions non résolues d'interprétation des exigences des directives.

On notera d'emblée que l'Article 2 § 5 de la Directive-cadre stipule que cet instrument «ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui». Bien que conçu sur le modèle de l'article 9 § 2 CEDH, lequel définit les conditions sous lesquelles la liberté de religion peut être restreinte, l'article 2 § 5 de la Directive-cadre est plus exigeant, dans la mesure où il ne se réfère pas à la «protection de la moralité» comme objectif légitime dont la poursuite pourrait justifier des

¹⁰² On notera qu'il s'agit de la position adoptée par la Cour d'arbitrage de Belgique (arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004).

restrictions des droits attribués par la Directive. Hormis cette différence (qui implique que certaines restrictions touchant la liberté religieuse puissent s'avérer violer la Directive-cadre bien qu'elles puissent être compatibles avec l'article 9 CEDH), lorsque les Etats membres cherchent à se fonder sur l'article 2 § 5 de la Directive-cadre, une orientation peut être trouvée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour interpréter cette clause. En effet, bien que l'article 14 CEDH (ou l'article 1 du Protocole n° 12) ne contienne pas une telle clause explicite portant sur les restrictions admissibles à la garantie de non-discrimination, la lecture de ces dispositions par la Cour européenne des droits de l'homme, comme nous l'avons vu, suit une structure similaire lorsque la Cour doit évaluer si certaines différences de traitement sont acceptables: elle examine alors si ces différences entre des situations autrement comparables poursuivent un objectif légitime et, si tel est le cas, si elles sont proportionnées (ou dans certains cas même «nécessaires») à la réalisation de cet objectif. La jurisprudence développée au sein de la CEDH est d'autant plus pertinente à l'interprétation de la Directive-cadre en raison de la formulation de l'article 2 § 5.

1. Race et origine ethnique

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Nachova et autres c. Bulgarie*, est le premier arrêt dans lequel la Cour a identifié une discrimination fondée sur la race. Ceci n'est pas en dépit de la forte condamnation de la discrimination raciale au Conseil de l'Europe mais plutôt en raison même de la vigueur de cette condamnation: afin d'éviter de condamner les Etats parties pour discrimination raciale à moins qu'il n'existe des indices suffisamment forts pour pouvoir affirmer qu'une telle discrimination s'est produite, la Cour n'arrive qu'avec réticence à cette conclusion face à de telles allégations.

La Directive d'égalité raciale ne contient pas de dispositions sur l'aménagement raisonnable des besoins spécifiques des membres de certains groupes ethniques, laissant non résolue la question de savoir si le fait de ne pas offrir d'aménagement raisonnable devrait être considéré comme une forme de discrimination interdite en vertu de la Directive. On trouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme des éléments qui indiquent que ceci pourrait être une orientation à explorer dans le futur. Le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Thlimmenos* – que ce rapport a présenté ci-dessus comme un arrêt requérant l'aménagement raisonnable de la situation des membres de minorités religieuses particulières – pourrait être appliqué, par exemple, aux aménagements que les Tsiganes pourraient demander afin d'être en mesure de perpétuer leur mode de vie traditionnel, nomade ou semi-nomade, en prévoyant certaines exceptions dans les réglementations d'application générale.

Les affaires représentatives présentées à la Cour européenne des droits de l'homme concernaient l'application de réglementations relatives à l'aménagement du territoire, qui ne prenaient pas en compte les besoins particuliers des Tsiganes résultant de leur mode de vie traditionnel et de voyage dans des caravanes.¹⁰³ Dans ces affaires, les membres de la Cour dans leur majorité n'ont pas pris appui correctement sur la notion d'aménagement effectif. Le 18 janvier 2001, lorsque la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté cinq requêtes concernant cette question, refusant plus particulièrement de prendre en considération le fait que les autorités du Royaume-Uni n'avaient pas traité différemment les Tsiganes vivant dans des caravanes alors qu'il était allégué que

¹⁰³ Voir Cour eur. DH(GC), *Chapman c. Royaume-Uni* (Requête N° 27238/95), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 127-130 (où la Cour n'exclut pas ce raisonnement, concluant cependant qu'il n'y a pas de discrimination dans cette affaire); Cour eur. DH (GC), *Beard c. Royaume-Uni* (Requête N° 24882/94), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 129-132 (susdit); Cour eur. DH (GC), *Coster c. Royaume-Uni* (Requête N° 24876/94), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 139-142 (susdit); Cour eur. DH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni* (Requête N° 25154/94), arrêt du 18 janvier 2001 (susdit); Cour eur. DH (GC), *Lee c. Royaume-Uni* (Requête N° 25289/94), arrêt du 18 janvier 2001, aux §§ 126-130 (susdit).

leur situation était différente de celle du reste de la population,¹⁰⁴ elle fonda partiellement son raisonnement sur la crainte que «traiter différemment un Tsigane qui a illégalement stationné ses caravanes à un endroit donné, des non-Tsiganes qui y ont établi un site caravanier et toute personne qui y a fait construire une maison soulèverait des problèmes substantiels au regard de l'article 14 de la Convention».¹⁰⁵ Selon l'auteur de ce rapport, cela traduit une compréhension incorrecte de l'obligation d'offrir un aménagement effectif (ou de traiter différemment des situations qui requièrent un tel traitement différencié), puisque cette obligation est présentée comme constituant une forme d'action positive, à laquelle pourtant elle ne devrait pas être assimilée. Dans l'affaire Chapman, sept juges¹⁰⁶ ont émis une opinion commune dissidente, contestant l'approche de la majorité, telle qu'exposée dans l'extrait précité. Cette approche, notaient les juges dissidents,

néglige le fait, pourtant reconnu précédemment par la majorité, que le mode de vie suivi en l'espèce par la requérante, celui des Tsiganes, élargit la portée de l'article 8, ce qui ne serait pas nécessairement le cas pour une personne vivant dans une maison classique, mode de logement sur lequel pèsent moins de contraintes. Ces situations ne sauraient être analogues. Au contraire, il peut y avoir discrimination lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (arrêt *Thlimmenos c. Grèce* [GC], no 34369/97, § 44, CEDH 2000-IV).

L'obligation de prendre en compte des différences pertinentes pouvant exister au sein des groupes de situations visées par des réglementations d'applicabilité générale ne devrait pas être confondue avec la nécessité d'adopter des mesures d'action positive. L'on relèvera du reste qu'en vertu de l'article 4 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du Conseil de l'Europe,¹⁰⁷ lorsque des Etats parties sont amenés à adopter, «des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité», en tentant compte à cet égard «des conditions spécifiques des personnes appartenant à des minorités nationales.», de telles mesures sont spécifiquement désignées comme ne revêtant pas un caractère discriminatoire.

2. Handicap

Deux questions d'interprétation non résolues des dispositions de la Directive 2000/78/CE qui sont relatives à l'égalité de traitement des personnes ayant handicap dans l'emploi et le travail peuvent être éclairées par la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme. Une première question d'interprétation concerne l'imposition d'exigences de santé et de sécurité qui créent un obstacle au recrutement ou au maintien dans leur emploi de travailleurs qui présentent un certain handicap les exposant ou exposant d'autres travailleurs ou le grand public à un risque sous certaines conditions d'emploi.¹⁰⁸ On dispose d'un nombre suffisamment ample de données attestant que les réglementations de santé et de sécurité dans le travail peuvent constituer un obstacle significatif à

¹⁰⁴ Voir toutefois, pour trouver une violation de l'Article 8 CEDH pour manque de garanties procédurales dans l'éviction du requérant d'un site de caravanes sur lequel lui et sa famille vivaient depuis quatorze à quinze ans, Cour eur. DH (1^{re} section), *Connors c. Royaume-Uni* (Requête N° 66746/01), arrêt du 27 mai 2004.

¹⁰⁵ Cour eur. DH(GC), *Chapman c. Royaume-Uni* (Requête N° 27238/95), arrêt du 18 janvier 2001, au § 95.

¹⁰⁶ M. Pastor Ridruejo, M. Bonello, M^{me} Tulkens, M^{me} Strážnická, M. Lorenzen, M. Fischbach et M. Casadevall.

¹⁰⁷ ETS, n° 157. Soumis pour signature le 1^{er} février 1995 et entré en vigueur le 1^{er} février 1998.

¹⁰⁸ Ces questions sont développées en détail dans le rapport commandité par le Réseau des experts sur la discrimination fondée sur un handicap de la CE pour la Commission des Communautés européennes, DG Emploi et Affaires sociales: O. De Schutter, *Enquêtes et examens médicaux d'embauche comme obstacles à l'emploi des personnes handicapées: Concilier le principe de l'égalité de traitement et les réglementations de santé et de sûreté selon le droit de l'Union européenne*, août 2004, 54 pp.

l'accès des travailleurs handicapés à l'emploi ou au maintien dans l'emploi.¹⁰⁹ L'article 8 CEDH protège le droit au respect de la vie privée et a fait l'objet d'une interprétation extensive de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette disposition impose des limites non seulement à la capacité des Etats parties de s'immiscer dans le droit à la vie privée de la personne comprise comme la sphère d'intimité – et, en particulier, à rechercher des informations que cette personne souhaite garder confidentielles –, mais aussi à leur capacité de traiter des données à caractère personnel, c'est-à-dire toute information relative à une personne identifiée ou identifiable. Sous le premier aspect, l'article 8 CEDH formule une protection inscrite de façon plus détaillée dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe de 1997¹¹⁰. Sous le second aspect, la protection de l'individu à l'égard du traitement des données à caractère personnel a trouvé son approfondissement dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981,¹¹¹ et que la Directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données¹¹² développe de façon plus détaillée pour les Etats membres de l'Union européenne.

Une réglementation adéquate des questionnaires et examens médicaux préalables à l'embauche a un rôle crucial à jouer si nous souhaitons empêcher que les exigences professionnelles de santé et de sécurité érigent des barrières injustifiées à l'emploi des personnes handicapées. Dans les cas statistiquement les plus significatifs, le handicap ne sera révélé que par des questionnaires ou des examens médicaux de cette nature. C'est donc sur la base de ces questionnaires ou examens que la discrimination peut survenir; et c'est par une meilleure protection de la vie privée et de la personne, par la stricte réglementation de la manière dont on peut rechercher des informations auprès de cette personne concernant sa santé, sa condition physique ou sa déficience, que l'on peut espérer limiter le nombre de circonstances où le handicap sera connu de l'employeur dans des conditions qui peuvent conduire à des réactions injustifiées de sa part – réactions résultant de la peur ou du préjugé, ou d'attitudes de surprotection, que l'employeur cherchera à justifier par une mauvaise représentation des obligations de l'employeur en vertu des réglementations relatives à la santé et la sécurité. L'article 8 CEDH¹¹³ interdit tout examen médical qui constitue une

¹⁰⁹ Voir en particulier *The extent of use of health and safety requirements as a false excuse for not employing sick or disabled persons (La portée d'utilisation des exigences de santé et de sûreté comme fausse excuse pour ne pas employer des personnes malades ou handicapées)*, étude préparée pour la Recherche IRS pour Health Health and Safety Executive et la Disability Rights Commission, Rapport de recherche HSE 167, 2003,

¹¹⁰ Convention pour la protection des droits de l'homme et la dignité de l'être humain concernant l'application de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 (ETS n° 164). A l'instar de l'Article 5 de cette Convention, l'Article 8 CEDH requiert en principe que toute intervention médicale soit autorisée par le consentement libre et éclairé de la personne concernée. Voir aussi *Examens médicaux précédant l'embauche et/ou l'assurance privée: Une proposition de Lignes directrices européennes*, Conseil de l'Europe, avril 2000, p. 30. Dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui protège le droit au respect de la vie privée en incluant l'Article 8 CEDH dans les principes généraux de la législation CE, voir *Affaire C-404/92 P, X c. Commission*, ECR [1994] 4737 (arrêt du 5 octobre 1994). Pour une observation, voir O. De Schutter, «Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne», Observations sous C.J.C.E., 5 octobre 1994, X c. *Commission des C.E.*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1995, pp. 97-122.

¹¹¹ ETS, n° 108. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit traditionnel au respect de la vie privée s'est vu enrichi de l'inclusion d'une dimension purement informative: il garantit à présent la personne non seulement contre un soutirage indésirable d'informations confidentielles mais aussi contre le traitement systématique des informations relatives à la personne: voir Cour eur. DH, *Rotaru c. Roumanie*, arrêt du 4 mai 2000, § 43. Pour une observation, voir O. De Schutter, «*Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel*», Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°45, 2001, pp. 137-183.

¹¹² JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

¹¹³ Ou, sans doute, de l'Article 1 paragraphe 2 de la Charte sociale européenne: voir spécialement Concl. VIII, p. 28 (interprétant cette disposition comme impliquant un droit du candidat employé à ne pas être soumis à des exigences qui ne fournissent pas de relation défendable par rapport au travail à exécuter et qui sont donc discriminatoires).

ingérence injustifiée dans la vie privée¹¹⁴ et qui, plus particulièrement lorsqu'un examen est organisé dans le contexte de l'emploi, n'est pas strictement adapté aux besoins de la tâche à exécuter.¹¹⁵ Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme à cet égard devraient être prises en compte, en particulier lorsqu'une interprétation de l'interdiction de discrimination indirecte telle que définie dans l'article 2(2)(b) de la Directive-cadre ainsi que des clauses de sauvegarde contenues dans l'article 7(2) de la Directive-cadre est requise, stipulant que

En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail

ainsi que dans l'article 2(5) de la Directive-cadre, qui autorise les États membres à adopter des mesures «qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui». Les réglementations relatives à la santé et à la sécurité actuelles et futures,¹¹⁶ si elles devraient être protégées, selon ces clauses, contre toute possibilité de remise en cause au nom des exigences de l'égalité de traitement telle que la comprend la Directive-cadre,¹¹⁷ devraient cependant n'être admises que si elles sont conformes aux exigences de l'article 8 CEDH telle qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme.

Une seconde question d'interprétation de ces dispositions concerne l'obligation imposée aux employeurs de prévoir un aménagement effectif afin d'assurer que les travailleurs atteints d'un handicap puissent être recrutés et maintenus dans leur fonction à moins que cela n'impose une «charge disproportionnée» aux employeurs concernés. Il suffira de dire, dans le contexte de ce rapport, que le droit au respect des biens que garantit l'article 1 du

¹¹⁴ Voir, par exemple, Comm. eur. DH, Requête n°8239/78, *X c. Pays-Bas*, déc. Du 4 décembre 1978, *D.R.*, 16, p. 184; Comm. eur. DH, Requête n° 8278/78, *X c. Autriche*, déc. du 13 décembre 1979, *D.R.*, 18, p. 154; Comm. eur. DH, Requête n°21132, *Peeters c. Pays-Bas*, déc. du 6 avril 1994, *D.R.*, 77-A, p. 75; Comm. eur. DH, Requête n° 20872/92, *A.B. c. Suisse, D.R.*, 80-A, p. 66. Voir en général M. van de Kerchove, «La protection de la santé publique par le droit pénal et les restrictions qui en découlent par rapport aux autres droits fondamentaux. Examen de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1996, esp. pp. 103-105.

¹¹⁵ La récente jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question montre cependant que les États parties à la CEDH se voient reconnaître une certaine marge d'appréciation à cet égard: voir Cour eur. DH (1^{re} section.), déc. du 7 novembre 2002, *Madsen c. Danemark*, Requête n° 58341/00 (irrecevabilité d'une requête manifestement sans fondement prétendant une violation de l'Article 8 CEDH introduite par le membre d'équipage d'une compagnie de navigation danoise soumis à des tests d'alcool et de drogue obligatoires pour des motifs de sûreté); et Cour eur. DH (4^e section), déc. du 9 mars 2004, *Wretlund c. Suède*, Requête n° 46210/99 (irrecevabilité de la requête introduite par un responsable du nettoyage d'une centrale nucléaire obligé de se soumettre à un test de consommation de drogues destiné à détecter la présence de cannabis).

¹¹⁶ Voir, par exemple, Comm. eur. DH, Requête n°8239/78, *X c. Pays-Bas*, déc. Du 4 décembre 1978, *D.R.*, 16, p. 184; Comm. eur. DH, Requête n° 8278/78, *X c. Autriche*, déc. du 13 décembre 1979, *D.R.*, 18, p. 154; Comm. eur. DH, Requête n°21132, *Peeters c. Pays-Bas*, déc. du 6 avril 1994, *D.R.*, 77-A, p. 75; Comm. eur. DH, Requête n° 20872/92, *A.B. c. Suisse, D.R.*, 80-A, p. 66. Voir en général M. van de Kerchove, «La protection de la santé publique par le droit pénal et les restrictions qui en découlent par rapport aux autres droits fondamentaux. Examen de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1996, esp. pp. 103-105. En dépit du fait que la Directive-cadre, tout en autorisant les États membres à introduire ou maintenir des mesures plus favorables à la réalisation du principe de l'égalité de traitement – dans la mesure où elle prévoit des exigences minimales pour combattre la discrimination, notamment sur la base d'un handicap, en ce qui concerne l'emploi et le travail –, stipule spécifiquement que la mise en œuvre de la Directive «ne peut pas justifier une régression par rapport à la situation existant dans chaque État membre» (Préambule, Paragraphe 28), il apparaît clairement à la lecture de l'Article 7(2) ainsi que de l'Article 2(5) de la Directive que les États membres peuvent introduire d'autres exigences visant la protection de la santé et de la sécurité au travail même si de telles mesures peuvent avoir un effet négatif sur l'accès des personnes handicapées à l'emploi.

¹¹⁷ Art. 16 de la Directive-cadre.

Protocole n°1 à la CEDH ne constitue pas un obstacle à l'imposition d'une telle obligation à l'employeur, spécialement lorsqu'elle est associée à la condition qu'elle ne mène pas à l'imposition d'une charge disproportionnée.

En l'absence d'une jurisprudence des organes de surveillance de la Convention concernant cette question spécifique, l'affaire *Mellacher et autres c. Autriche* peut fournir une indication utile. Les requérants, des propriétaires immobiliers en Autriche, se plaignaient d'une violation de leur droits de propriété en vertu de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention en raison de la réduction, prétendument excessive, imposée au montant des loyers par la Loi sur les baux à loyer de 1981 qui limitait le montant des loyers de base pour au montant considéré comme raisonnable par rapport à la taille, au type, à l'aspect, à la localisation, à l'équipement et à l'état des bâtiments et imposait une limitation pour les types les plus courants d'appartements. La Cour a rejeté l'argument avancé par les requérants selon lequel la violation de leurs droits de propriété était disproportionnée, observant plus particulièrement que «pour réformer la législation sociale et en particulier quant au contrôle des loyers (...), le législateur doit pouvoir prendre, afin d'atteindre le but qu'il s'est fixé, des mesures touchant à l'exécution future de contrats déjà conclus». ¹¹⁸ Cet arrêt est caractéristique de la tendance de la Cour à accorder généralement une large marge d'appréciation aux Etats parties à la Convention lorsqu'ils restreignent le droit à la propriété à des fins d'intérêt public. Le caractère individualisé du test – que l'aménagement demandé impose ou n'impose pas une charge disproportionnée à l'employeur, et devrait donc être considéré comme «raisonnable» – semblerait constituer à cet égard une garantie supplémentaire qui place la loi nationale mettant en œuvre la Directive-cadre à l'abri de toute remise en cause qui prétendrait se fonder sur l'article 1 du Protocole n°1 à la CEDH. ¹¹⁹

3. Orientation sexuelle

La Directive-cadre ne spécifie pas clairement si des différences de traitement fondées sur l'état civil – en particulier sur le fait qu'une personne est mariée ou non – peuvent être tolérées ou si, dans des pays où le mariage civil n'est pas ouvert aux partenaires du même sexe, de telles différences devraient être considérées comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le Paragraphe 22 du Préambule à la Directive-cadre mentionne que cet instrument est «sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent». Il est clair qu'il est conforme à la Directive-cadre de définir le mariage exclusivement comme une union civile entre un homme et une femme, même si la conséquence en est que des personnes à orientation homosexuelle seront ainsi exclues de cette institution et des avantages qui sont liés au statut de personnes mariées. De l'avis de l'auteur, il reste une question ouverte cependant, consistant à savoir si, dans les Etats membres où le mariage entre personnes du même sexe n'est pas reconnu (ceci inclut tous les Etats membres à l'exception de la Belgique, des Pays-Bas et de l'Espagne) et où les homosexuels sont dès lors exclus de l'institution du mariage, il est conforme à la Directive-cadre qu'ils n'aient accès à aucune forme de reconnaissance de leur union avec une autre personne du même sexe (sous la forme d'un partenariat enregistré, d'une union civile ou d'une cohabitation légale par exemple) et resteront dès lors privés des avantages qui leur seraient reconnus s'ils avaient conclu un mariage hétérosexuel.

¹¹⁸ Cour eur. DH, *Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, au § 36. Voir aussi § 56: «Les réductions de loyer frappent certes par leur ampleur (...) mais il n'en résulte pas qu'elles constituent une charge démesurée. Le simple fait que les loyers originaires ont été déterminés par contrat, et sur la base des conditions du marché à l'époque, ne signifie pas que pour mener sa politique le législateur ne pouvait raisonnablement les croire inacceptables du point de vue de la justice sociale.»

¹¹⁹ Voir Cour eur. DH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, Série A n° 52, pp. 26-27, §§ 70-71; et Cour eur. DH (GC), *Immobiliare Saffi c. Italie* (Requête N° 22774/93), arrêt du 28 juillet 1999, au § 56.

Bien entendu, lorsque certains avantages reconnus aux couples mariés sont étendus aux couples composés de deux personnes de sexes différents qui vivent sous une forme de cohabitation stable de facto (ou de cohabitation légale) mais sont refusés aux couples de même sexe, ceci constituerait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle¹²⁰: lorsque de tels avantages font partie «des conditions d'emploi et de travail, y compris les licenciements et la rémunération» (article 3(1), c) de la Directive-cadre), ils sont interdits en vertu de l'article 2(1) et (2)(a) de la Directive-cadre. Toutefois, sommes-nous en présence d'une discrimination interdite, directe ou indirecte¹²¹ lorsque des couples homosexuels se voient refuser des avantages réservés aux couples mariés, exactement comme les couples hétérosexuels non mariés se voient refuser ces avantages, bien que seuls les homosexuels n'aient pas le choix de se marier ?

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas favorable à un tel raisonnement. Dans une affaire où une femme qui avait cohabité pendant 17 ans avec un homme qui décéda des suites d'un accident de travail, s'était vu refuser les avantages qui lui auraient été reconnus si elle avait été veuve en dépit du fait que son compagnon avait contribué au fonds concerné tout au long de sa vie, la Cour européenne des droits de l'homme jugea que, bien que «il puisse bien maintenant exister une acceptation sociale accrue des relations personnelles stables en dehors de la notion traditionnelle de mariage, (...) le mariage reste une institution qui est largement acceptée comme conférant un statut particulier à ceux qui s'y engagent. La situation de la requérante n'est dès lors pas comparable à celle d'une veuve».¹²² Rappelant sa jurisprudence selon laquelle la promotion du concept traditionnel de famille constitue une visée légitime qu'un Etat partie à la CEDH peut poursuivre,¹²³ la Cour a fait remarquer que «le mariage reste une institution qui est largement acceptée comme conférant un statut particulier à ceux qui s'y engagent et, en effet, il se singularise par le traitement spécial en vertu de l'article 12 de la Convention». Elle conclut en disant que «la promotion du mariage, au moyen d'avantages se limitant aux conjoints survivants, ne peut être censée dépasser la marge d'appréciation accordée au gouvernement défendeur».

Bien que cette jurisprudence concerne une situation où la partie demanderesse avait le choix d'épouser ou ne pas épouser son compagnon de vie et a choisi délibérément de rester hors de l'institution du mariage bien que cette institution était accessible au couple, laissant donc ainsi ouverte la question de savoir si une telle conclusion s'appliquerait également lorsqu'un couple homosexuel, auquel l'institution du mariage est fermée, se verrait privé de certains avantages réservés aux couples mariés, la jurisprudence plus récente de la Cour

¹²⁰ Voir Cour eur. DH (1^{re} section), *Karner c. Autriche* (Requête N°40016/98), arrêt du 24 juillet 2003. Comme la Section 14 de la Loi autrichienne sur les rentes (*Mietrechtsgesetz*) prévoyait qu'au décès du principal locataire d'un appartement, un conjoint, un compagnon de vie, des parents en ligne directe, y compris des enfants adoptés, et des enfants nés de l'ancien locataire, pouvaient succéder au locataire et ont défini le «compagnon de vie» comme «une personne qui a vécu dans l'appartement avec l'ancien locataire jusqu'au décès de ce dernier pendant au moins trois ans, partageant un ménage sur un pied économique égal à celui du mariage», excluant donc les compagnons de même sexe que le locataire défunt, la Cour a considéré qu'une telle exclusion ne pouvait pas être justifiée par l'objectif de promotion de la notion traditionnelle de la famille parce que la mesure était disproportionnée par rapport à l'accomplissement de cet objectif (§ 41).

¹²¹ On pourrait avancer que l'interdiction de la discrimination indirecte est une interdiction de ne pas traiter différemment des situations qui demandent un traitement différencié, comme l'ont fait respectivement la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux dans l'affaire *Thlimmenos et Autisme-Europe*. Selon ce raisonnement, les couples homosexuels se trouvent dans une situation différente de celle des couples hétérosexuels parce que seuls les premiers, n'ayant pas accès à l'institution du mariage, n'ont pas choisi de ne pas se marier. Cette situation pourrait également être décrite comme un exemple de discrimination directe, selon le même raisonnement que celui qui a conduit à considérer que la différence de traitement fondée sur la grossesse constitue une forme de discrimination directe fondée sur le sexe, parce que seules les femmes – et non les hommes – peuvent tomber enceintes (voie Affaire C-177/88, *Dekker* [1990] ECR I-3941, point 12 (arrêt du 8 novembre 1990)), un avantage reconnu aux couples mariés constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, du fait que seuls les homosexuels ne peuvent pas se marier.

¹²² Cour eur. DH, *Shackell c. Royaume-Uni* (Requête N° 45851/99), décision du 27 avril 2000 (irrecevabilité pour une requête manifestement sans fondement).

¹²³ Voir Cour eur. DH, *Mazurek c. France* (Requête N° 34406/97), § 50; Cour eur. DH, F c. Suisse, arrêt du 18 décembre 1987, Série A n°128, § 36.

européenne des droits de l'homme s'est contentée de transposer la même solution à cette dernière situation. Dans l'affaire *Mata Estevez c. Espagne*, le requérant se plaignait de la différence de traitement concernant la recevabilité d'une demande de pension d'un survivant de facto entre des partenaires homosexuels et des couples mariés ou même des couples hétérosexuels non mariés qui, étant juridiquement incapables de se marier avant que les lois sur le divorce fussent adoptées en 1981, peuvent prétendre à une pension de survivant.¹²⁴ Le requérant avançait qu'une telle différence de traitement équivalait à une discrimination injustifiée qui violait son droit au respect de sa vie privée et familiale. La Cour a toutefois estimé que la demande était irrecevable, notant que la législation espagnole relative à la recevabilité de droits de survivants «a bien une visée légitime, qui est celle de la protection de la famille basée sur les liens du mariage» et que, dès lors, «la différence de traitement observée peut être considérée comme relevant de la marge d'appréciation de l'Etat».

Cette décision d'irrecevabilité, très pauvrement motivée sur la question spécifique discutée dans le présent rapport, implique qu'une interprétation de la Directive-cadre qui ne condamnerait pas le fait de réserver des avantages aux couples mariés comme une forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sera conforme à l'article 14 CEDH, lu en combinaison soit avec l'article 8 CEDH (le droit au respect de la vie privée et familiale) soit avec l'article 1 du Protocole n°1 à la CEDH (droit à la propriété, y compris aux avantages sociaux). Cette jurisprudence ne crée cependant pas d'obstacle à l'interprétation de la Directive-cadre allant au-delà de ce qui est requis en vertu de la CEDH, dans sa lecture des exigences de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

4. Religion ou convictions

La principale question d'interprétation à laquelle les autorités nationales se verront vraisemblablement confrontées dans la mise en application de la Directive-cadre relative à l'application du principe de l'égalité de traitement des personnes de religion ou de convictions particulières concerne les conditions sous lesquelles une réglementation, un critère ou une pratique généralement applicables, ne ciblant pas une croyance religieuse particulière, devraient néanmoins être considérés comme une forme de discrimination indirecte fondée sur la religion en raison de l'impact défavorable que produit une telle réglementation, un tel critère ou une telle pratique sur les membres de certains groupes religieux. Dans le cadre de la CEDH, une telle situation serait abordée sous l'angle de la liberté de religion (article 9 CEDH)¹²⁵ plutôt que comme une question de discrimination (article 14 CEDH conjointement à l'article 9 CEDH). Selon l'auteur, cependant, lorsque, en vertu de l'article 9 CEDH, une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutres conduisent à une immixtion injustifiée dans la liberté de religion, ce devrait être considéré comme une forme de discrimination indirecte au sens de l'article 2(2)(b) de la Directive 2000/78/CE, parce que ces deux articles exigent que toute mesure ayant une incidence sur la liberté de manifester sa religion se justifie comme moyen à la fois approprié et nécessaire d'atteindre un objectif légitime.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, décrite dans la section 1.3. ci-dessus comme signalant l'émergence de la notion de discrimination indirecte dans la jurisprudence relative à l'article 14 CEDH, illustre que, lorsque des pratiques basées sur des convictions religieuses entrent en conflit avec certaines obligations imposées par la loi, un Etat peut devoir prévoir la possibilité de certaines exemptions, dont l'absence pourrait conduire à une forme de discrimination indirecte.¹²⁶ En effet, bien que la garantie dans l'article 9 CEDH de la liberté de pensée, de conscience et de religion protège avant tout la foi intime de la personne (le for

¹²⁴ Cour eur. DH (4^e section), *Mata Estevez c. Espagne* (Requête N° 56501/00), déc. (irrecevabilité) du 10 mai 2001, Rap. 2001-VI.

¹²⁵ Voir spécialement C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2001, chap. 8 («Lois neutres et généralement applicables»).

¹²⁶ Cour eur. DH, *Thlimmenos c. Grèce*, arrêt du 6 avril 2000 (Requête n° 34369/97), § 44.

Jair | 1993

intérieur), elle offre aussi une protection aux manifestations externes de cette foi intime dans la mesure où elle la traduit en mots ou en actes.¹²⁷ Une telle obligation d'offrir un aménagement raisonnable aux convictions religieuses d'une personne, pour autant que ces convictions se traduisent en certaines pratiques liées à ces convictions, n'est pas illimitée.¹²⁸ Dans le contexte de l'emploi plus particulièrement, trois facteurs paraissent devoir être pris en compte afin d'identifier l'équilibre adéquat à trouver entre la liberté de religion, d'une part, et les intérêts de l'employeur, d'autre part, dans l'imposition de certaines réglementations neutres en apparence. Ces facteurs sont le caractère central ou non à la religion en de telle manifestation extérieure; de la charge qu'entraîne l'obligation de prévoir une exception à la règle générale afin d'aménager la croyance religieuse dans la manifestation extérieure par laquelle elle se traduit; et le consentement donné ou non l'employé à la restriction apportée à sa liberté religieuse, qui peut avoir accepté volontairement la réglementation imposant cette restriction, ce qui peut s'analyser en une renonciation à son droit de libre exercice de la religion¹²⁹.

L'affaire *Kalaç* illustre ces différentes dimensions.¹³⁰ Le requérant, un assesseur auprès du tribunal militaire de la force aérienne turque, se plaignait d'avoir reçu l'ordre de prendre sa retraite en même temps que deux autres officiers et vingt-huit sous-officiers, pour ce que les autorités turques considéraient comme constituant des violations de la discipline et comme une conduite scandaleuse: la conduite et le comportement de M. Kalaç avaient amené ces autorités à conclure qu'il avait adopté «des opinions fondamentalistes illégales» en devenant membre de la secte fondamentaliste de Süleyman. Refusant d'apercevoir dans les circonstances une violation de l'article 9 de la Convention protégeant la liberté de religion ainsi que le requérant l'y invitait, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, au contraire, que, ayant fait le choix d'embrasser une carrière militaire, M. Kalaç «se pliait, de son plein gré, au système de discipline militaire, lequel système implique, par sa véritable nature, la possibilité d'apporter à certains droits et libertés des membres des forces armées des limitations ne pouvant être imposées aux civils»,¹³¹ et a noté que «le requérant, dans les limites apportées par les exigences de la vie militaire, a pu s'acquitter des obligations qui constituent les formes habituelles par lesquelles un musulman pratique sa religion».¹³²

¹²⁷ Eur. Ct. HR, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, Série A n° 295-A, p.17, § 47; Cour eur. DH, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, § 31.

¹²⁸ Voir, par exemple, Cour eur. DH (3^e section), *Pichon et Sajous c. France* (Requête n° 49853/99), décision (irrecevabilité) du 2 octobre 2001 (refus des pharmacologues de fournir des contraceptifs prescrits médicalement et invoquant leurs convictions religieuses pour justifier ce refus: la Cour considère manifestement sans fondement une allégation prétendant que la sanction de cette attitude viole la liberté de religion protégée en vertu de l'Article 9 CEDH). Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'obligation pour un enseignant de respecter les heures normales de travail qui, dit-il, est incompatible avec sa présence aux prières peut être compatible avec la liberté religieuse (voir *Ahmad c. Royaume-Uni*, Requête N° 8160/78, décision de la Commission du 12 mars 1981, D.R. 22, p. 27), tout comme peut l'être l'obligation du port du casque de protection imposée à une motocycliste, qui, selon ce point de vue, est incompatible avec ses devoirs religieux (voir *X c. Royaume-Uni*, n° 7992/77, décision de la Commission du 12 juillet 1978, D.R. 14, p. 234).

¹²⁹ Sur ce dernier critère, voir *Ahmad c. Royaume-Uni*, Requête N° 8160/78, décision de la Commission du 12 mars 1981, D.R. 22, p. 27 (professeur d'école s'étant converti à l'islam alors qu'il était déjà en fonction et demandant alors à son employeur d'être autorisé à assister aux prières du vendredi); un raisonnement similaire est suivi par la Cour européenne de justice dans l'affaire 130/75, *Prais c. Conseil*, ECR [1976] 1599. Voir aussi P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 381-394.

¹³⁰ Cour eur. DH, *Kalaç c. Turquie* (Requête N° 20704/92), arrêt du 1^{er} juillet 1997, Rap. 1997-IV, p. 1209.

¹³¹ Se référant à son arrêt du 8 juin 1976 dans l'affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, (Série A n° 22, p. 24, paragraphe 57), la Cour a rappelé que «les Etats peuvent adopter pour leurs armées des réglementations disciplinaires interdisant ce type de comportement, en particulier une attitude hostile à l'égard d'un ordre établi reflétant les exigences du service militaire».

¹³² *Kalaç*, § 29. La Cour a fait remarquer que «Par exemple, il était plus particulièrement autorisé à prier cinq fois par jour et à s'acquitter de ses obligations religieuses, telles que le jeûne durant le Ramadan et la présence aux prières du vendredi à la mosquée.»

«30. Par ailleurs, la sentence du Conseil militaire suprême ne se basait pas sur les opinions et convictions religieuses du colonel de l'armée de l'air Kalaç ou sur la manière dont il s'acquittait de ses devoirs religieux mais sur sa conduite et sur son attitude [le requérant aurait participé aux activités de la communauté de Süleyman, lui aurait apporté une assistance juridique, aurait pris part à des séances de formation et serait intervenu dans un certain nombre d'occasions dans la nomination de militaires qui étaient membres de la secte]. Selon les autorités turques, cette conduite était contraire à la discipline militaire et enfreignait le principe de laïcité.

31. La Cour conclut en conséquence que la mise à la retraite obligatoire du requérant n'équivalait pas à une immixtion dans le droit garanti par l'article 9 dans la mesure où elle n'était pas induite pas la manière dont le requérant manifestait sa religion.»

La question du port du foulard par les femmes musulmanes constitue un autre exemple à cet égard¹³³. Dans un arrêt du 29 juin 2004 qu'au moment de la rédaction du présent rapport les parties demanderesse veulent renvoyer devant la Grande Chambre de la Cour, une Chambre constituée au sein de la 4^e section de la Cour européenne des droits de l'homme a refusé de suivre la requérante qui se plaignait qu'une interdiction du port du foulard islamique dans les institutions de l'enseignement supérieur violait ses droits et libertés garantis en vertu des articles 8, 9, 10 et 14 de la Convention, et de l'article 2 du Protocole n° 1.¹³⁴ La Cour développe ici la jurisprudence antérieure des organes de surveillance de la CEDH en cette matière, qui concerne non seulement le port du foulard par des adolescentes ou par des femmes qui fréquentent l'école ou des institutions d'enseignement supérieur¹³⁵ mais aussi le port du foulard dans le contexte de l'emploi: dans l'affaire Dahlab c. Suisse,¹³⁶ la requérante, une institutrice du canton suisse de Genève, s'était convertie à l'islam après cette nomination et avait commencé à porter un foulard islamique, son intention déclarée étant d'observer un précepte inscrit dans le Coran enjoignant les femmes à se voiler en présence d'hommes et d'adolescents. Il est apparu cependant aux autorités que ce principe était contraire à la section 6 de la Loi sur l'enseignement public du canton de Genève du 6 novembre 1940, laquelle stipule que le système d'enseignement public «garantit le respect des convictions politiques et confessionnelles des élèves et des parents». Après qu'elle ait été invitée officiellement à cesser de porter le foulard lorsqu'elle était en fonction, Mme Dahlab n'a pu obtenir l'annulation de cette décision par les tribunaux suisses. La Cour européenne des droits de l'homme a refusé de considérer que cela constituait une violation de l'article 9 CEDH, lequel protège la liberté de religion. Tout en reconnaissant la difficulté «d'évaluer l'impact qu'un symbole extérieur puissant tel que le port d'un foulard peut avoir sur la liberté de conscience et la religion d'enfants en bas âge», la Cour a noté que les élèves de la requérante étaient âgés de quatre à huit ans «un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé. Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves».

¹³³ Pour de récentes études sur cette question, voir E. Brems, «De hoofddoek als constitutionele kopzorg», *Tijdschrift voor Bestuurs- en Publiekrecht*, 2004, pp. 323-360; E. Bribosia et I. Rorive, «Le voile à l'école: une Europe divisée», *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 951-984; T. Loenen, «Hoofddoeken voor de klas en in de rechtbank: op weg naar een multicultureel publiek domein?», *NJCM-Bull.*, 2001, pp. 851-869; C.W. Maris van Sandelingenambacht, «Private deugden en publieke ondeugden: hoofddoekjes in de openbare school?», *NJCM-Bull.*, 2004, pp. 992-998.

¹³⁴ Cour eur. DH (4^e section), *Leyla Sahin c. Turquie* (Requête n° 44774/98), arrêt du 29 juin 2004. Voir notamment sur cette affaire les observations de N. Chauvin, dans *Revue française de droit administratif*, mai - juin 2003, pp. 536-54, et de J.-F. Flauss, *A.J.D.A.*, n° 5, 2001, pp. 482-484.

¹³⁵ Voir *Commiss. eur. DH, Karaduman c. Turquie* (Requête n° 16278/90, décision de la Commission du 3 mai 1993, DR 74, p. 93; et *Commiss. eur. DH, Bulut c. Turquie* (Requête n° 18783/91, décision de la Commission du 3 mai 1993).

¹³⁶ Requête n° 42393/98, CEDH 2001-V.

La décision d'irrecevabilité de la Cour souligne «le bas âge des enfants dont la requérante était responsable en tant que représentante de l'Etat». On ne peut déterminer avec précision dans quelle mesure la solution trouvée dans l'affaire Dahlab, qui est le résultat d'une délicate mise en balance de tous les intérêts impliqués, sera transposée dans d'autres affaires où le droit d'un employé à manifester sa religion sera contraire à certains intérêts de l'employeur – ou, comme dans l'affaire Dahlab, avec la séparation entre l'Eglise et l'Etat, qui concerne les employeurs publics. Même l'arrêt plus récent rendu dans l'affaire Leyla Sahin ne règle pas cette question¹³⁷. Cet arrêt concerne la Turquie, une société à prédominance musulmane dans laquelle le risque est donc plus grand de voir les femmes, laissées «libres» de choisir si elle portent un foulard ou pas, subir la pression de leurs familles ou communautés pour être conformes aux normes dominantes de la religion majoritaire¹³⁸. Dans d'autres contextes, des interdictions générales similaires peuvent ne pas être également acceptables.

5. Âge

L'auteur du présent rapport n'a pu identifier de jurisprudence des organes de surveillance de la Convention européenne des droits de l'homme ayant trait à la discrimination fondée sur l'âge. Cela reflète bien le caractère récent de l'interdiction de la discrimination fondée sur ce motif, qui, au même titre que le handicap, la santé ou l'orientation sexuelle, fait partie des droits à l'égalité de traitement de la seconde génération, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'opinion politique et peut-être la nationalité, constituant les droits de la première génération en cette matière. L'absence d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question ne peut que renforcer l'importance des développements qui concernent cette question dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, sur la base de l'article 23 de la Charte sociale européenne révisée (ou de l'article 4 du protocole additionnel à la Charte sociale européenne de 1988), qui concerne le droit des personnes âgées à une protection sociale, spécialement depuis que le Comité européen des droits sociaux a lu dans cette disposition une exigence d'adopter une législation interdisant la discrimination fondée sur l'âge¹³⁹.

¹³⁷ Hormis le fait que l'arrêt dans l'affaire *Leyla Sahin* n'est pas encore définitif au moment de clôturer ce rapport.

¹³⁸ Voir déjà l'anticipation de l'arrêt dans l'affaire *Leyla Sahin*, Cour eur. DH (GC), *Refah Partisi et autres c. Turquie* (Requête n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98), au § 95: «*Dans un pays tel que la Turquie, où la grande majorité de la population appartient à une religion particulière, les mesures prises dans les universités afin d'empêcher que les mouvements religieux fondamentaliste puissent exercer une pression sur les étudiants qui ne pratiquent pas cette religion ou sur ceux qui appartiennent à une autre religion peuvent être justifiées en vertu de l'Article 9 § 2 de la Convention*» (caractères italiques ajoutés).

¹³⁹ Voir plus haut, note 102.

Partie IV

Conclusions

Dans le développement progressif du droit à l'égalité de traitement en Europe, l'on peut trouver des raisons de croire qu'en dépit de l'importante influence traditionnellement exercée par la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, la Charte sociale européenne revêtira une importance croissante. Ce phénomène est dû non seulement au champ d'application restreint de l'article 14 CEDH – que l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 à la CEDH, en raison du nombre limité d'Etats qui ont accepté jusqu'à présent de le ratifier, viendra à peine compenser – mais aussi au fait que, étant présentée avec les rapports des Etats qui permettent de suivre régulièrement les progrès enregistrés dans la réalisation des droits de la Charte et avec les réclamations collectives qui visent les politiques et législations générales et l'effet qu'elles produisent sur des groupes, le Comité européen des droits sociaux peut être mieux placé que la Cour européenne des droits de l'homme pour élaborer une jurisprudence sur la nécessité d'une politique d'emploi active qui vise l'intégration de groupes cibles et, plus généralement, sur la nécessité d'une action positive – dans le domaine de l'emploi mais aussi dans ceux de l'enseignement, du logement ou de la politique sociale – orientée vers l'intégration sociale et professionnelle des segments les plus vulnérables de la population.

La quasi-absence de toute jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tirant des obligations positives de l'article 14 CEDH et la timidité des auteurs du Protocole n° 12 à la CEDH sur la question de l'action positive contrastent, comme nous l'avons vu, avec l'insistance du Comité européen des droits sociaux pour que la législation interdisant la discrimination produise réellement une intégration effective et pour que les Etats parties surveillent étroitement l'impact de leurs politiques sur la situation des groupes les plus vulnérables. La lutte contre la discrimination requiert plus que des interdictions: elle requiert une politique sociale et de l'emploi qui soit active et proportionnée à la visée de réaliser l'objectif d'intégration¹⁴⁰. C'est cette direction qu'empruntent les récentes évolutions qu'a connues la Charte sociale européenne. D'autre part, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu de l'article 14 CEDH, peut encourager une compréhension de l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur les motifs de la race ou de l'origine ethnique qui comprend l'exigence de prendre en compte les différences pertinentes entre groupes raciaux et ethniques, par analogie avec l'approche adoptée envers la discrimination sur la base de la religion dans l'affaire Thlimmenos.

En somme, la référence à la jurisprudence de la Charte sociale européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait aller au-delà de la définition explicite de la discrimination indirecte selon les Articles 2(2)(b) de la Directive d'égalité raciale ainsi que de la Directive-cadre. Dans ces directives, la discrimination indirecte est définie uniquement en référence à l'une des trois compréhensions potentielles du concept distingué dans la section 1.3. de la Partie I du présent rapport: on considère qu'elle se produit lorsque des réglementations, des critères ou des pratiques apparemment neutres s'avèrent être particulièrement défavorables aux membres d'une certaine catégorie, si la disposition qui crée le désavantage n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée (a). Ni la discrimination que vient révéler l'impact disproportionné de telle législation ou politique, tel que cet impact peut être démontré par l'apport de statistiques (b), ni le fait de ne pas traiter différemment une personne ou une catégorie spécifiques en prévoyant une exception à l'application de la règle générale (c) ne sont explicitement comprises dans cette définition. Cependant, la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux encourage fortement les Etats à lutter contre la discrimination institutionnelle en autorisant la preuve statistique de la discrimination et en mesurant l'impact des lois et politiques qu'ils mettent en œuvre. Et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Thlimmenos illustre pourquoi, bien que la Directive-cadre mentionne seulement une exigence d'aménagement raisonnable en ce qui concerne les personnes handicapées, le fait de ne pas prendre en considération les différences concernées pourrait être considéré comme une forme de discrimination indirecte, même si cela peut ne pas relever explicitement de la

¹⁴⁰ C. McCrudden, «Institutional Discrimination», Oxford J. Legal Studies (1981) 2, pp. 303-67.

définition de l'article 2(2)(b) des deux directives. Pour ce qui concerne la religion, comme on l'a montré dans la section 4 de la Partie III du présent rapport, ce pourrait être une conséquence de la liberté de religion garantie en vertu de l'article 9 CEDH, sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur l'article 14 CEDH.

Un examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les questions relatives aux motifs spécifiques de discrimination envisagés dans les directives conduit aux résultats majeurs suivants. Dans le contexte de la Directive-cadre, les exigences découlant de l'article 8 CEDH peuvent avoir un rôle décisif à jouer pour contrer le risque de discrimination à l'égard de travailleurs handicapés résultant de l'imposition d'exigences de santé et de sécurité qui créent un obstacle à leur recrutement et à leur maintien dans l'emploi, lorsqu'il est prétendu que leur activité professionnelle les exposerait à un risque, ou exposerait à un risque les autres travailleurs ou le public en général. La même disposition de la Convention, dans la mesure où elle protège le droit au respect de la vie privée à laquelle appartient l'orientation sexuelle d'une personne, peut contribuer à l'efficacité de l'interdiction de la discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle¹⁴¹. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas considéré jusqu'à présent que le fait de réserver des avantages aux couples mariés devrait être traité comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en violation de l'article 14 CEDH, lu en combinaison avec soit l'article 8 CEDH (le droit au respect de la vie privée) soit l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH (le droit à la propriété, y compris aux avantages sociaux), même dans les Etats où le mariage n'est pas ouvert à des couples de même sexe. Ainsi que l'illustrent ces derniers exemples, il se peut que la Convention européenne des droits de l'homme soit amenée à l'avenir à contribuer davantage à la mise en œuvre des directives CE relatives à l'égalité de traitement, en orientant leur interprétation, notamment en prenant appui sur des dispositions autres que la clause de non-discrimination de l'article 14 CEDH.

¹⁴¹ Paradoxalement peut-être, la protection de la vie privée peut également constituer un obstacle à la promotion de la diversité sur le lieu de travail, au niveau du logement ou de l'éducation, dans la mesure où le traitement de données sensibles est soumis à des restrictions spécifiques à la fois en vertu de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe et en vertu de la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, citée ci-dessus.

Soekradije | 1951

Bibliographie

Affaires (par ordre chronologique)

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. DH, *Engel et Autres c. Pays-Bas*, arrêt du 8 juin 1976, Série A n° 22
- Cour eur. DH, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A n° 31
- Cour eur. DH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, Série A n° 52
- Cour eur. DH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 mai 1985, Série A n° 94
- Cour eur. DH, *Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, Série A n° 126
- Cour eur. DH, *F c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, Série A n° 128
- Cour eur. DH, *Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989
- Cour eur. DH, *Fredin c. Suède*, arrêt du 18 février 1991, Série A n° 192
- Cour eur. DH, *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993
- Cour eur. DH, *Hoffmann c. Autriche*, arrêt du 23 juin 1993, Série A n° 255-C
- Cour eur. DH, *Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, Série A n° 280-B
- Cour eur. DH, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, Série A n° 291-B
- Cour eur. DH, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, Série A n° 295-A
- Cour eur. DH, *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994
- Cour eur. DH, *Vogt c. Allemagne*, arrêt du 20 novembre 1995
- Cour eur. DH, *Ribitsch c. Autriche*, arrêt du 4 décembre 1995, Série A n° 336
- Cour eur. DH, *Gaygusuz c. Autriche*, arrêt du 16 septembre 1996
- Cour eur. DH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1997, Rapports d'arrêts et décisions 1997-I, p. 184
- Cour eur. DH, *Kalaç c. Turquie* (Requête N° 20704/92), arrêt du 1^{er} juillet 1997, Rap. 1997-IV
- Cour eur. DH, *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998
- Cour eur. DH, *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, Rapports d'arrêts et décisions 1998-II, p. 587
- Cour eur. DH, *Immobiliare Saffi c. Italie* (Requête N° 22774/93), arrêt du 28 juillet 1999, Rapports 1999-V
- Cour eur. DH, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1999
- Cour eur. DH, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* (Requêtes N° 31417/96 et 32377/96), arrêt du 27 septembre 1999
- Cour eur. DH (4^e sect.), *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (Requête N° 33290/96), arrêt du 21 décembre 1999, CEDH 1999-IX
- Cour eur. DH (3^e sect.), *Mazurek c. France* (Requête N° 34406/97), arrêt du 1^{er} février 2000
- Cour eur. DH (GC), *Thlimmenos c. Grèce* (Requête N° 34369/97), arrêt du 6 avril 2000
- Cour eur. DH, *Shackell c. Royaume-Uni* (Requête N° 45851/99), décision du 27 avril 2000
- Cour eur. DH, *Rotaru c. Roumanie*, arrêt du 4 mai 2000
- Cour eur. DH (3^e sect.), *A.D.T. c. Royaume-Uni* (Requête N° 35765/97), arrêt du 31 juillet 2000, CEDH 2000-IX
- Cour eur. DH (GC), *Chapman c. Royaume-Uni* (Requête N° 27238/95), arrêt du 18 janvier 2001
- Cour eur. DH (GC), *Beard c. Royaume-Uni* (Requête N° 24882/94), arrêt du 18 janvier 2001
- Cour eur. DH (GC), *Coster c. Royaume-Uni* (Requête N° 24876/94), arrêt du 18 janvier 2001
- Cour eur. DH (GC), *Jane Smith c. Royaume-Uni* (Requête N° 25154/94), arrêt du 18 janvier 2001
- Cour eur. DH (GC), *Lee c. Royaume-Uni* (Requête N° 25289/94), arrêt du 18 janvier 2001
- Cour eur. DH, *Dahlab c. Suisse* (Requête n° 42393/98), arrêt du 15 février 2001, ECHR 2001-V
- Cour eur. DH (3^e sect.), *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* (Requête N° 24746/94), arrêt du 4 mai 2001
- Cour eur. DH (GC), *Chypre c. Turquie* (Requête N° 25781/94), arrêt du 10 mai 2001
- Cour eur. DH (4^e sect.), *Mata Estevez c. Espagne* (Requête N° 56501/00), décision du 10 mai 2001, Rap. 2001-VI
- Cour eur. DH (3^e section), *Price c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 juillet 2001 (Requête N° 33394/96)
- Cour eur. DH (3^e section), *Pichon et Sajous c. France* (Requête n° 49853/99), décision du 2 octobre 2001
- Cour eur. DH (4^e sect.), *McShane c. Royaume-Uni* (Requête N° 43290/98), arrêt du 25 mai 2002
- Cour eur. DH, *Zehlanova et Zehnal c. République tchèque*, décision du 14 mai 2002 (Requête N° 38621/97)

Cour eur. DH (1^{re} sect.), décision du 7 novembre 2002, *Madsen c. Danemark*, Requête n° 58341/00
 Cour eur. DH (1^{re} sect.), *L. et C. c. Autriche* (Requêtes N° 39392/98 et 39829/98), arrêt du 9 janvier 2003
 Cour eur. DH, *S.L. c. Autriche* (Requête N° 45330/99), arrêt du 9 janvier 2003
 Cour eur. DH (GC), *Sommerfeld c. Allemagne* (Requête N° 31871/96), arrêt du 8 juillet 2003
 Cour eur. DH, *Sentges c. Pays-Bas*, décision of 8 juillet 2003 (Requête N° 27677/02).
 Cour eur. DH (1^{re} sect.), *Karner c. Autriche* (Requête N° 40016/98), arrêt du 24 juillet 2003
 Cour eur. DH, *Koua Poirrez c. France*, (Requête N° 40892/98), arrêt du 30 septembre 2003
 Cour eur. DH (2^e sect.), *Palau-Martinez c. France* (Requête N° 64927/01), arrêt du 16 décembre 2003
 Cour eur. DH, *Haas c. Pays-Bas* (Requête N° 36983/97), arrêt du 13 janvier 2004
 Cour eur. DH (1^{re} sect.), *Nachova et Autres c. Belgique*, (Requête N° 43577/98 et 43579/98), arrêt du 26 février 2004
 Cour eur. DH (4^e sect.), décision du 9 mars 2004, *Wretlund c. Suède*, Requête n° 46210/99
 Cour eur. DH (1^{re} sect.), *Connors c. Royaume-Uni* (Requête N° 66746/01), arrêt du 27 mai 2004
 Cour eur. DH (4^e sect.), *Leyla Sahin c. Turquie* (Requête N° 44774/98), arrêt du 29 juin 2004
 Cour eur. DH (2^e sect.), *Balogh c. Hongrie* (Requête N° 47940/99), arrêt du 20 juillet 2004
 Cour eur. DH (2^e sect.), *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* (Requête N° 55480/00 et 59330/00), arrêt du 27 juillet 2004
 Cour eur. DH (2^e sect.), *Hasan Ilhan c. Turquie* (Requête N° 22494/93), arrêt du 9 novembre 2004

Commission européenne des droits de l'homme

Com. eur. DH, affaire *East African Asians (Patel et al.)*, décision du 10 octobre 1970, *Ann. Conv.*, vol. 13, p. 995
 Com. eur. DH, Requête n° 7992/77, *X c. Royaume-Uni*, décision du 12 juillet 1978, *D.R.* 14, p. 234
 Com. eur. DH, Requête n° 8239/78, *X c. Pays-Bas*, décision du 4 décembre 1978, *D.R.*, 16, p. 184
 Com. eur. DH, Requête n° 8278/78, *X c. Autriche*, décision du 13 décembre 1979, *D.R.*, 18, p. 154
 Com. eur. DH, Requête n° 8160/78, *Ahmad c. Royaume-Uni*, décision du 12 mars 1981, *D.R.* 22, p. 27
 Com. eur. DH, Requête n° 16278/90, *Karaduman c. Turquie*, décision du 3 mai 1993, *DR* 74, p. 93
 Com. eur. DH, Requête n° 18783/91, *Bulut c. Turquie*, décision du 3 mai 1993
 Com. eur. DH, Requête n° 21132, *Peeters c. Pays-Bas*, décision du 6 avril 1994, *D.R.*, 77-A, p. 75
 Com. eur. DH, Requête n° 20872/92, *A.B. c. Suisse*, *D.R.*, 80-A, p. 66
 Com. eur. DH, *Wanda Paruszczyńska c. Pologne* (Requête N° 33770/96), décision (irrecevabilité) du 12 avril 1998

Comité européen des droits sociaux

Décision du 4 novembre 2003 dans la réclamation collective n° 13/2002, *Autisme-Europe c. France*

Doctrines (par ordre alphabétique)

O. M. Arnadóttir, *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., *Etudes internationales dans le domaine des droits de l'homme* n° 74, La Haye, 2003
 E. Brems, «De hoofddoek als constitutionele kopzorg», *Tijdschrift voor Bestuurs- en Publiekrecht*, 2004, pp. 323-360
 E. Bribosia et I. Rorive, «Le voile à l'école: une Europe divisée», *Rec. trim. dr. h.*, 2004, pp. 951-984
 N. Chauvin, Dossier sur *Leyla Sahin c. Turquie* in *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2003, pp. 536-54
 O. De Schutter, «Les examens médicaux à l'embauche de la Commission européenne» (dossier selon l'affaire C-404/92 P, *X c. Commission*, ECR [1994] 4737 (arrêt du 5 octobre 1994), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 97-122.
 O. De Schutter, «Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 45, 2001, pp. 137-183.
 O. De Schutter, *Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities: Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law*, août 2004, 54 pages

C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2001

J.-Fr. Flauss, «Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme», in: *Pouvoir et liberté. Mélanges offerts à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 415

P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001

J. Gerards, «The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights», in J. Niessen et Isabelle Chopin (éds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden/Boston, 2004, pp. 3-60

J. Gerards, «Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases», *N.I.L.R.*, 2004, pp. 135-183

J. Gerards, «Gelijke behandeling en het EVRM», *NJCM-Bulletin*, vol. 29-2, mars 2004, pp. 176-198

A. Hendriks in *NJCM-Bull.* 2003, p. 321 (observation de la Cour. eur. DH, *Zehlanova et Zehnal c. République tchèque*, décision du 14 mai 2002)

T Loenen, «Hoofddoeken voor de klas en in de rechtbank: op weg naar een multicultureel publiek domein?», *NJCM-Bull.*, 2001, pp. 851-869

C.W. Maris van Sandelingenambacht, «Private deugden en publieke ondeugden: hoofddoekjes in de openbare school?», *NJCM-Bull.*, 2004, pp. 992-998

J. Schokkenbroek, «A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol n° 12 to the European Convention on Human Rights», in J. Niessen et Isabelle Chopin (éds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publ., Leiden/Boston, 2004, pp. 61-79

R. Wintemute, «'Within the Ambit': How Big Is the 'Gap' in Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme?», (2004) *E.H.R.L.R.* 366, à la p. 371

Commission européenne

L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme — Sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2005 — 58 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 92-894-9172-8

