

**LA NON-DISCRIMINATION DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
BILAN D'ETAPE**

Julie Ringelheim

Date 2017



**Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences (JUR-I)
Centre for Philosophy of Law (CPDR)**

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, centre de recherches localisé au sein de l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques (JUR-I) de l'Université de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), a research centre located in the Institute for Interdisciplinary research in legal science (JUR-I) of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

LA NON-DISCRIMINATION DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
BILAN D'ETAPE*

Julie Ringelheim**

Introduction

L'article 14 paraissait destiné à ne jouer qu'un rôle modeste dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Principale limite : il n'interdit la discrimination que dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention, revêtant un caractère accessoire par rapport aux autres dispositions. Contrairement à d'autres instruments internationaux, il ne mentionne pas de droit général à l'égalité devant la loi ni d'obligation d'interdire la discrimination entre personnes privées. En pratique, cette disposition a longtemps fait l'objet d'une jurisprudence limitée et d'une interprétation prudente de la part de la Cour européenne des droits de l'homme¹. Mais depuis les années 2000, cette situation s'est inversée de façon spectaculaire². Les arrêts traitant de la discrimination se sont multipliés jusqu'à constituer une jurisprudence foisonnante. Mais c'est aussi l'interprétation de la norme inscrite à l'article 14 qui a été sensiblement enrichie et complexifiée.

Les développements relatifs au droit de la non-discrimination survenus dans d'autres ordres juridiques ont sans nul doute contribué à cette évolution. Au sein des Nations Unies, à côté des clauses de non-discrimination incluses dans les deux Pactes de 1966, plusieurs conventions spécialisées dans la lutte contre des discriminations spécifiques ont été adoptées : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciales (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006). L'Union européenne a également joué un rôle majeur dans l'expansion du droit antidiscriminatoire. Si à l'origine, en raison de la limitation de ses pouvoirs en la matière, sa contribution a concerné uniquement l'égalité de traitement sans distinction de sexe ou de nationalité d'un Etat membre, les nouvelles compétences que lui a conférées le Traité d'Amsterdam (1997) lui ont permis d'étendre son action à la lutte contre la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique, la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, sur laquelle portent les directives 2000/43³ et 2000/78⁴ adoptées en 2000.

Au-delà des considérations juridiques, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 14 constitue un passionnant observatoire de l'évolution des mœurs et des mentalités au sein des sociétés européennes et un révélateur des nouveaux débats qui les traversent. Entre 1949 et aujourd'hui, la conception de la famille, la vision des rapports de genre, la perception de l'homosexualité ont été profondément transformées. Les sociétés européennes se sont fortement diversifiées sur les plans culturel et religieux. Les problèmes du racisme et de l'exclusion structurelle frappant certains groupes ethniques ont suscité une attention croissante. Le regard porté sur le handicap s'est notablement modifié, surtout depuis les années 2000. Toutes ces transformations sont à la fois reflétées et alimentées par la

* Une version raccourcie et remaniée de ce texte paraîtra dans Mouloud BOUMGHAR (dir.), *Commentaire article par article de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, Paris (à paraître). Je remercie vivement Françoise Tulkens pour ses remarques sur une version précédente de ce texte.

** Chercheur qualifié au FRS-FNRS et au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain (UCL), Chargée de cours à l'UCL. Ce texte se fonde sur une analyse de la jurisprudence de la Cour depuis ses débuts jusqu'au 1^{er} janvier 2017.

¹ Caroline PICHERAL, « Discrimination raciale et Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2001, n°46, pp. 517-539.

² Rory O'CONNELL, « Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR », *Legal Studies*, 2009, n°29, pp. 211-229.

³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁴ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

jurisprudence de la Cour⁵. Elles ont contribué à convaincre la Cour que certaines distinctions autrefois largement considérées comme légitimes méritaient d'être remises en cause parce qu'elles révélaient une vision inégalitaire des rapports sociaux et conduisaient à l'exclusion de certains groupes vulnérables. Mais à travers ses constats de violation de l'article 14, la Cour elle-même renforce ces dynamiques et contribue à les étendre à l'ensemble des Etats du Conseil de l'Europe. Sur certains sujets, cependant, elle peut se montrer prudente et s'en remettre à la marge nationale d'appréciation face à des questions de société qu'elle juge trop indéterminées ou trop controversées pour adopter un point de vue tranché. Ses positions peuvent toutefois évoluer : la jurisprudence relative à l'article 14 est riche d'exemples de renversements de jurisprudence.

On commencera par évoquer les travaux préparatoires de l'article 14 de la Convention (I). On précisera la portée du caractère accessoire de cette disposition (II). On exposera ensuite la façon dont la Cour a interprété la notion de discrimination au sens de cet article, en mettant en lumière les différentes formes de discrimination qu'elle a progressivement dégagées. (III). On se penchera enfin sur l'interprétation des critères prohibés de discrimination couverts par cet article. (IV).

I. Les travaux préparatoires

La Déclaration universelle des droits de l'homme reconnaît à chacun dans son article 2, § 1 le droit de se prévaloir sans discrimination des droits et libertés qu'elle proclame⁶, tout en énonçant, dans son article 7, un droit général à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination⁷. Cette double consécration du principe d'égalité et de non-discrimination se retrouve dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 : son article 2, § 1 dispose que les droits qui y sont reconnus doivent être respectés et garantis sans discrimination⁸, tandis que son article 26 reconnaît le droit à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination en tant que droit indépendant. L'article 26 fait en outre obligation aux Etats d' « *interdire toute discrimination* » et de « *garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination* ».

Dans l'article 14 de la Convention européenne, en revanche, non seulement on ne trouve nulle mention du droit à l'égalité devant la loi, mais en outre, l'interdiction de la discrimination qui y est énoncée ne revêt pas une portée générale ; elle porte uniquement sur les droits et libertés reconnus dans la Convention.

Le projet de Convention présenté par le Mouvement européen au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en juillet 1949, dont l'Assemblée consultative s'inspira largement dans l'élaboration de son propre projet, comportait une disposition consacrant « *l'égalité devant la loi* » et la « *protection contre toute discrimination basée sur la religion, la race, l'origine nationale, la profession d'une opinion politique ou de toute autre opinion* »⁹. Mais cette proposition fut écartée par l'Assemblée consultative¹⁰ et par le Comité des Ministres¹¹. Les travaux préparatoires ne fournissent pas d'explication de cette décision. On peut penser que les raisons sont du même ordre que celles qui motivèrent le rejet en 1965 de la proposition faite par l'Assemblée consultative de consacrer un droit à l'égalité devant la loi et à la

⁵ Luzius WILDHABER, « Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights – A Second Class Guarantee? », *RGSL Working Papers Nr. 1*, Riga 2001, <http://www.rgsl.edu.lv/images/stories/publications/RWP1Wildhaber.pdf> (dernière visite : 1er décembre 2016).

⁶ Le droit à la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés était déjà mentionné dans la Charte des Nations Unies. Dans son article 1er, celle-ci cite, parmi les buts des Nations Unies, celui de développer et d'encourager « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, *sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion* ». Ce droit constitue, avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'un des deux seuls droits expressément évoqués dans la Charte des Nations Unies.

⁷ D'autres articles de la Déclaration universelle font référence au principe d'égalité en lien avec des droits spécifiques (cf. articles 1 ; 10 ; 16, §1 ; 22, §2 ; 23, §2 ; 26, §1).

⁸ L'article 2, § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels énonce une règle similaire.

⁹ Doc. INF/5/F/R, pp. 7-8.

¹⁰ Recommandation n°38 de l'Assemblée consultative du 8 septembre 1949.

¹¹ *Rec.*, III, pp. 777 et 793.

non-discrimination dans le Protocole additionnel n°4 à la Convention¹². Le Comité d'experts désigné par le Comité des Ministres justifia ce choix par un double motif : d'une part, il doutait de l'utilité d'un tel article, le droit à l'égalité devant la loi étant selon lui déjà largement garanti par la Convention, notamment par les articles 6 et 14 ; d'autre part, il craignait qu'une telle disposition ne donne lieu « *à des constructions juridiques dangereuses* » et n'étende de façon excessive les compétences des organes de contrôle de la Convention en amenant celles-ci à apprécier si les juridictions internes appliquent correctement la loi nationale au regard de la règle de l'égalité de traitement¹³. D'autres initiatives tendant à faire reconnaître ce droit se heurtèrent à des objections similaires¹⁴. Il fallut attendre la fin des années 1990s pour que ces réserves soient en partie levées et que le Comité des Ministres décide de la rédaction du Protocole n°12. Ouvert à la signature en 2000, ce Protocole comporte une clause générale d'interdiction de la discrimination.

Le texte de l'article 14 reprend l'ensemble des critères de discrimination évoqués à l'article 2, § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et y ajoute « *l'appartenance à une minorité nationale* », reflétant une préoccupation typiquement européenne. Dans le projet présenté par le Mouvement européen, la liste des critères prohibés n'incluait pas le motif du sexe, qui figurait pourtant dans la Déclaration universelle. La lutte contre la discrimination entre les femmes et les hommes ne constituait manifestement pas une priorité pour les membres du Mouvement. Cette omission fut critiquée par le délégué danois Hemod Lannung durant les discussions au sein de l'Assemblée consultative. Il insista sur la nécessité de compléter la clause de non-discrimination « *de façon à protéger la femme contre toute discrimination* »¹⁵. Le même Hemod Lannung plaida aussi en faveur de la reconnaissance de droits aux minorités nationales dans la Convention. Cette proposition ne fut pas retenue mais « *l'appartenance à une minorité nationale* » fut introduite dans la liste des motifs mentionnés à l'article 14.

De son côté, Léopold Senghor, membre de la délégation parlementaire française, dénonça l'une des limites de la Convention elle-même en pointant la contradiction entre l'article 14 et la « clause coloniale » de l'article 63, qui permet aux Etats européens d'exclure les habitants de leurs colonies du bénéfice des droits reconnus dans la Convention. Il rappela – en vain – que la Déclaration universelle, dans son article 2, § 2, proclamait que les droits devaient être appliqués sans distinction, quel que soit le statut du territoire auquel les individus appartenaient¹⁶.

II. Le caractère accessoire de l'article 14

L'article 14 de la Convention n'offre pas une protection générale contre la discrimination : il n'interdit les discriminations que *dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention et ses protocoles*. Il ne peut, par conséquent, être invoqué qu'en combinaison avec une autre disposition de la Convention ou d'un de ses protocoles. Ce caractère accessoire en limite la portée. Une série de discriminations échappent à son emprise, notamment en matière de droits économiques et sociaux, qui ne sont, pour la plupart, pas garantis par la Convention.

L'interprétation adoptée par la Cour a toutefois permis d'atténuer cette restriction. Dès son premier arrêt relatif à l'article 14, à savoir l'arrêt du 23 juillet 1968 sur l'*affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, la Cour tranche un point jusque-là controversé en indiquant qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'article 14 soit applicable, qu'une violation du droit substantiel en cause ait été au préalable constatée. Il suffit d'établir que la distinction de traitement est liée à la jouissance d'un droit substantiel. La thèse inverse, parfois suivie par la Commission dans ses premières

¹² Recommandation 234 (1960), *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4 à la Convention reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le Premier protocole additionnel à la Convention*, 1976, pp. 137-138.

¹³ Rapport du Comité d'experts au Comité des Ministres, 18 octobre 1965, H (65) 16, pp. 26-28, *Recueil des Travaux préparatoires du Protocole n°4*, op. cit., p. 728.

¹⁴ Cf. initiatives citées dans le Rapport explicatif du Protocole n°12 (§§ 2 et s.) et par Marc BOSSUYT in *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 69-72.

¹⁵ *Rec.*, I, p. 31.

¹⁶ *Rec.*, IV, p. 939.

décisions, aurait quasiment privé d'utilité cette disposition¹⁷. La Cour établit donc sans ambiguïté que la violation de l'article 14 ne présuppose pas qu'il y ait également méconnaissance de la disposition avec laquelle il est combiné. Bien que cet article n'ait pas « *d'existence indépendante* », puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention et ses Protocoles, il a néanmoins une portée autonome : « *une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question* » peut se révéler discriminatoire et donc contraire à cette disposition¹⁸. « *Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés* »¹⁹. Dans une affaire, la Cour dira encore que cet article « *complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles* »²⁰.

Il en résulte que lorsque l'Etat décide d'accorder des droits ou avantages qui ne sont pas exigés par la Convention mais qui ont un lien avec un droit ou une liberté garanti par celle-ci, il ne peut les refuser à certains individus de façon discriminatoire : un tel comportement, s'il ne constitue pas une violation du droit substantiel en cause, contrevient néanmoins à l'article 14. La discrimination prohibée par l'article 14 « *dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque Etat de garantir. Elle s'applique aussi aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger.* »²¹ Ce raisonnement a permis de donner une large ampleur à l'article 14, d'autant plus que la Cour a fait preuve d'une souplesse croissante dans l'appréciation du lien exigé entre l'objet de la discrimination alléguée et le droit garanti par la Convention²². Les expressions utilisées pour caractériser ce lien en témoignent : il faut que les mesures critiquées « *se rattachent* » à l'exercice d'un droit garanti²³, « *se situent dans le domaine de ce droit* »²⁴ ou encore « *que la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire* » de la disposition combinée avec l'article 14²⁵.

Dans l'*Affaire linguistique belge*, la Cour observe ainsi que l'article 2 du premier Protocole n'astreint pas l'Etat à créer des établissements d'enseignement. Mais dès lors qu'il met en place de tels établissements, il ne peut en réglementer l'accès de façon discriminatoire²⁶. Autre exemple, dans le domaine de la régulation des cultes, l'Etat n'a pas d'obligation, au regard de l'article 9, de conférer aux communautés religieuses des avantages particuliers, tels qu'une exonération fiscale ou des facilités pour fonder des écoles. Mais lorsqu'il institue de tels privilèges, il doit assurer que l'accès à un tel statut répond à des critères non discriminatoires²⁷. Les effets de cette approche sont particulièrement notables en matière de droits économiques et sociaux. La plupart de ces droits, on l'a souligné, ne sont pas garantis par la Convention. Mais lorsqu'un tel droit est reconnu par un Etat dans son ordre interne et peut être rattaché au domaine d'un droit protégé par la Convention, l'article 14 interdit d'en refuser le bénéfice à certains individus pour des motifs discriminatoires. En matière d'accès à la sécurité sociale, en particulier, la Cour a établi dans l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* que lorsqu'une législation nationale prévoit le versement d'une prestation sociale à certaines catégories d'individus, elle génère un droit patrimonial au sens de l'article 1 du Protocole n°1. Une allégation de discrimination liée au versement ou non versement d'une prestation sociale, rentre dès lors dans le champ d'application de l'article 14

¹⁷ Marc-André EISSEN, « L' « autonomie » de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission », in *Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 122-145 et jurisprudence citée.

¹⁸ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, n°1474/62 et al. (ci-après : *Affaire linguistique belge*), p. 33, § 9.

¹⁹ *Affaire linguistique belge*, p. 33, § 9.

²⁰ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n°9214/80 et al., § 71.

²¹ CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n°43546/02, § 48.

²² Sandra FREDMAN, « Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 16, n°2, 2016, pp. 273-301, pp. 275-277.

²³ CEDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, n°5589/72, § 39.

²⁴ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n°9214/80 et al., § 71.

²⁵ CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgique*, n°8919/80, § 43.

²⁶ *Affaire linguistique belge*, p. 33, § 9.

²⁷ CEDH, 31 juillet 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche*, n°40825/98, § 92.

combiné à l'article 1 du Protocole²⁸. Autrement dit, un Etat qui crée un régime de prestations sociales, doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention²⁹.

La discrimination dans l'emploi paraissait *a priori* échapper à l'emprise de l'article 14, vu l'absence de reconnaissance du droit au travail et du droit d'accéder à la fonction publique dans la Convention³⁰. Mais la Cour a admis qu'une personne qui possède un poste dans la fonction publique et en est révoquée pour des motifs mettant en jeu l'un des droits garantis, tel que la liberté d'expression, d'association ou de religion ou encore le droit à la vie privée, peut dénoncer sa révocation sur la base de la Convention³¹. L'arrêt *Emel Boyraz c. Turquie* du 2 décembre 2014 confère une portée particulièrement large à ce principe. La révocation d'une femme d'un poste d'officier de sécurité est considérée comme une ingérence dans son droit à la vie privée et familiale, protégé par l'article 8, du seul fait qu'elle est motivée uniquement par son sexe : *"the concept of "private life" extends to aspects relating to personal identity and a person's sex is an inherent part of his or her identity. Thus, a measure as drastic as a dismissal from a post on the sole ground of sex has adverse effects on a person's identity, self-perception and self-respect and, as a result, his or her private life."*³² La Cour ajoute que la révocation de la requérante a, en tant que telle, eu un impact sur sa vie privée et familiale dans la mesure où la perte de son emploi a dû affecter son bien-être matériel et sa capacité à maintenir des relations avec d'autres et à pratiquer une profession correspondant à ses qualifications³³. Dès lors, l'article 14, combiné à l'article 8, est applicable à cette affaire. Bien que la Cour n'ait pas encore franchi ce pas, il semble qu'un raisonnement similaire pourrait être appliqué, par analogie, au cas d'une personne qui se verrait *refuser* un poste uniquement en raison de son sexe. Dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, la Cour a déjà admis que le refus d'autoriser le requérant à *accéder* à la profession d'expert-comptable, malgré sa réussite à l'examen prévu à cette fin, tombait « *sous l'empire d'une disposition de la Convention, à savoir l'article 9* »³⁴ et pouvait donc se voir appliquer l'article 14. Le lien entre les circonstances de l'affaire et la liberté religieuse était pourtant assez indirect : la mesure était motivée par le fait que cinq ans auparavant, le requérant avait subi une condamnation pénale pour avoir refusé d'exécuter son service militaire en raison de ses convictions en tant que Témoin de Jéhovah. D'autre part, en ce qui concerne l'emploi privé, la Cour a admis que l'Etat avait l'obligation positive de protéger les employés contre des mesures portant atteinte à un droit protégé par la Convention prises par un employeur privé : de tels litiges peuvent donc également rentrer dans le champ d'application de l'article 14³⁵ (cf. *infra* point III.F).

Conséquence de son caractère accessoire, l'article 14 est toujours invoqué en association avec un autre article de la Convention. Généralement, la Cour commence par évaluer s'il y a eu méconnaissance du droit substantiel invoqué, pris isolément. Lorsqu'elle conclut à une violation, elle juge le plus souvent inutile de poursuivre son examen pour déterminer s'il y a également eu discrimination. Elle s'en explique dans l'arrêt *Airey* : pareil examen, en général, « *ne s'impose pas quand elle aperçoit un manquement aux exigences du premier article pris en lui-même* », sauf « *si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige* »³⁶. Les choix opérés par la Cour à cet égard laissent parfois perplexes. Dans l'arrêt *Marckx*, après avoir établi que la limitation des droits familiaux et successoraux des enfants nés hors mariage viole le droit au respect de

²⁸ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n°17371/90, § 41. Cf. aussi CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n°40892/98, §§ 37 et 42.

²⁹ CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n°65731 et s., § 53.

³⁰ David HARRIS, Michael O'BOYLE, Colin WARBRICK (dir.), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2d ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 580.

³¹ Cf. not. CEDH [GC], 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, n°17851/91, § 43. Cf. aussi CEDH [GC], 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, n° 20261/12, §§ 140-142.

³² CEDH, 2 décembre 2014, *Emel Boyraz c. Turquie*, n°61960/08, § 44.

³³ *Ibid.*

³⁴ CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n°34369/97, § 42.

³⁵ Cf. not. CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°48420/10 et al. (concernant des allégations de violation de l'article 9 de la Convention et de l'article 14 combiné à l'article 9). Noter aussi l'arrêt *Ivanova c. Bulgarie*, dans lequel la Cour conclut que le licenciement d'une enseignante d'une école de navigation fluviale en raison de sa religion constitue une violation de l'article 9. Elle juge inutile d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 (CEDH, 12 avril 2007, *Ivanova c. Bulgarie*, n°52435/99).

³⁶ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n°6289/73, § 30.

la vie familiale garanti par l'article 8, elle examine les faits sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 8 et constate une discrimination entre enfants selon la naissance³⁷. Dans l'affaire *Chassagnou*, à propos de l'obligation imposée aux requérants en tant que propriétaires terriens de rejoindre des associations communales de chasse et de permettre la pratique de cette activité sur leur propriété, la Cour ne se contente pas de conclure à la violation de leur liberté d'association et de leur droit au respect de leurs biens. Elle déclare qu'ils sont également victimes d'une discrimination basée sur la fortune foncière car la loi en cause permet uniquement aux grands propriétaires d'échapper à ces contraintes³⁸. En revanche, dans l'affaire *Dudgeon*, après avoir constaté que la pénalisation des actes homosexuels masculins en Irlande du Nord viole le droit du requérant au respect de sa vie privée, elle juge « *sans intérêt juridique de rechercher s'il a subi de surcroît une discrimination par comparaison avec d'autres personnes sujettes à de moindres limitations au même droit* »³⁹.

A l'inverse, il arrive parfois que la Cour commence par examiner les faits sous l'angle de l'article 14 parce qu'elle estime que l'enjeu central du litige réside dans la question de savoir s'il y a eu discrimination. Lorsqu'elle conclut à la violation de l'article 14, elle juge alors inutile de déterminer s'il y a eu aussi méconnaissance du droit substantiel en jeu considéré séparément⁴⁰.

III. La notion de discrimination au sens de l'article 14

A. LES CRITERES DE BASE

L'article 14 n'interdit pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus dans la Convention ; seuls les traitements discriminatoires sont prohibés. La version française de l'article 14, prise à la lettre, pouvait susciter des doutes à cet égard puisqu'elle utilise les termes « *sans distinction aucune* » là où le texte anglais indique « *without discrimination* ». Mais dès l'affaire *linguistique belge*, la Cour a dissipé toute ambiguïté : la version française doit se lire à la lumière du texte anglais. De fait, « *on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait.* »⁴¹

La Cour a dû préciser les critères permettant d'établir qu'un traitement revêt un caractère discriminatoire au sens de l'article 14. S'inspirant de la pratique judiciaire de nombreux Etats démocratiques, elle pose en principe qu'une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit protégé viole le prescrit de l'article 14 lorsqu'elle manque de « *justification objective et raisonnable* »⁴². Une telle justification suppose la réunion de deux éléments : d'une part, la mesure doit être motivée par un but légitime, d'autre part, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁴³ (2). La Cour précisera par ailleurs qu'une distinction de traitement n'est potentiellement discriminatoire que lorsqu'elle consiste en un traitement moins favorable de certaines personnes comparées à d'autres individus « *placés dans une situation analogue* »⁴⁴ (1).

³⁷ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n°6833/74.

³⁸ CEDH [GC], *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n°25088/94 et al. Cf. aussi, notamment, CEDH, 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, n°69949/01 et CEDH [GC], *Nachova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, n°43577/98 et 43579/98. Il est à noter qu'il arrive qu'après avoir constaté la violation d'un droit substantiel, la Cour examine les faits sous l'angle de l'article 14 et conclut à l'absence de discrimination. Par exemple dans CEDH, *Engel c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n°5100/71 et al. et CEDH, *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, n°41488/98.

³⁹ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n°7525/76, § 69.

⁴⁰ Par exemple, CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n°12875/87, § 32 et CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n°33290/96, § 23.

⁴¹ *Affaire linguistique belge*, p. 31, § 10.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ CEDH, 23 novembre 1983, *Van der Mussele c. Belgique*, n°8919/80, § 46.

1. Comparabilité des situations

Selon la définition initialement établie par la Cour, il y a discrimination lorsqu'une personne est, sans justification objective et raisonnable, traitée moins favorablement qu'une autre personne *placée dans une situation analogue*. « *Analogue* » ne signifie pas en tous points *identique* : il faut que, eu égard à la nature de ses griefs, le requérant soit dans une situation *comparable*⁴⁵ ou *similaire sur un plan pertinent*⁴⁶ à celle de personnes mieux traitées que lui. Dans certaines affaires, la question de la comparabilité des deux situations mises en parallèle peut constituer un enjeu significatif. Ainsi, dans son arrêt *Schalke et Kopf c. Autriche*, la Cour observe que « *les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables. Les requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation.* »⁴⁷ A l'inverse, le constat que les situations en jeu ne sont pas comparables peut suffire à conduire la Cour à écarter l'allégation de discrimination, sans examiner la justification de la mesure. Dans l'affaire *Hämäläinen c. Finlande*, par exemple, une personne transgenre ayant subi une opération de conversion sexuelle du sexe masculin vers le féminin, soutenait avoir été traitée différemment des cissexuels⁴⁸ du fait qu'elle s'était vu refuser la délivrance d'un numéro d'identité féminin et qu'il était exigé d'elle qu'elle transforme son mariage avec une femme, antérieur à son opération, en partenariat enregistré. La Cour déclare que « *la situation de la requérante et celle des cissexuels ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre. Partant, la requérante ne peut prétendre se trouver dans la même situation que les cissexuels.* »⁴⁹ Elle conclut à l'absence de violation de l'article 14 combiné à l'article 8.

Dans de nombreux cas, toutefois, la Cour n'examine pas la comparabilité des situations de façon autonome. L'analyse de cette question se confond avec l'évaluation de la justification de la mesure dénoncée⁵⁰. Elle l'annonce franchement dans l'arrêt *Rasmussen* lorsqu'elle déclare qu'elle « *n'estime pas devoir trancher la question, d'autant que les positions et intérêts mentionnés entrent aussi en ligne de compte pour décider si la différence de traitement se justifiait. Elle partira de l'hypothèse qu'il s'agissait de personnes placées dans des situations analogues.* »⁵¹ Cette approche traduit une réalité pratique : ce n'est souvent qu'au regard de l'objectif de la mesure qu'on peut déterminer si les personnes faisant l'objet d'un traitement distinct doivent être considérées comme étant dans une situation analogue⁵².

2. Justification objective et raisonnable : but légitime et proportionnalité

⁴⁵ CEDH, 18 février 1991, *Fredin c. Suède*, n°12033/86, § 60.

⁴⁶ CEDH, 13 juillet 2010, *Clift c. Royaume-Uni*, n°7205/07, § 66 (« *relevantly similar* »).

⁴⁷ CEDH, 24 juin 2010, *Schalke et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, § 99.

⁴⁸ On entend par cissexuels les personnes dont le genre ressenti correspond au genre qui leur a été attribué à la naissance, contrairement aux personnes transgenres.

⁴⁹ CEDH [GC], 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, n°37359/09, § 112. Pour un autre exemple d'arrêt dans lequel la Cour conclut à une non-violation de l'article 14 pour cause de non comparabilité des situations en cause, cf. CEDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, n° 35214/09. Le requérant, qui avait vécu en couple avec un autre homme, se plaignait de s'être vu refuser le bénéfice d'une pension de survie après le décès de son compagnon au motif que ce droit était réservé aux couples mariés. Or, l'accès au mariage pour les couples de même sexe n'avait été reconnu qu'après le décès de son compagnon. Il dénonçait une différence de traitement sur ce plan entre les couples de même sexe et les couples hétérosexuels cohabitant qui, avant 1981, n'étaient pas autorisés à se marier en raison de l'interdiction du remariage après un divorce, et pour lesquels la loi avait reconnu de façon rétroactive un droit à la pension de survie. La Cour estime que ces deux situations ne sont pas « *relevantly similar* » et qu'il n'y a donc pas de discrimination (§ 91).

⁵⁰ Pour une comparaison avec la jurisprudence de la Cour de justice sur ce plan, Samantha BESSON, « Gender Discrimination under EU and ECHR Law : *Never Shall the Twain Meet* ? », *Human Rights Law Review*, vol. 8, n°4, 2008, pp. 647-682, p. 664.

⁵¹ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n°8777/79, § 37 (imposition d'un délai pour intenter une action en désaveu de paternité alors qu'une action en contestation de paternité peut être intentée par la mère de l'enfant à tout moment).

⁵² Clare OVEY et Robin WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 4ème éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 425-426.

Les Etats n'ont souvent pas de difficulté à convaincre la Cour que la mesure contestée a été adoptée en vue de poursuivre un objectif légitime⁵³. Un constat d'absence de but légitime constitue donc une condamnation particulièrement sévère : le traitement en cause n'est pas seulement dénoncé comme un moyen disproportionné d'atteindre un objectif en soi légitime, mais comme étant dépourvu de toute justification valable. Un tel constat peut intervenir dans deux situations : soit, la Cour juge que les buts invoqués par l'Etat ne sont pas légitimes. Soit, elle estime que la mesure contestée ne sert pas, en réalité, les finalités mises en avant par le gouvernement. C'est tout spécialement en matière de différences de traitement liées au sexe que la Cour a abouti à une conclusion en ce sens. Par exemple, à propos du refus des autorités suisses de permettre à un homme ayant choisi pour nom de famille celui de son épouse de faire précéder ce nom du sien propre, alors que cette possibilité existait pour les épouses ayant opté pour le nom de famille de leur époux, la Cour juge que les objectifs invoqués par le gouvernement – protéger l'unité de la famille et perpétuer une tradition – sont inadéquats pour justifier la mesure⁵⁴. De manière générale, depuis les années 2000, elle affirme avec une insistance croissante que des références aux traditions, aux attitudes sociales majoritaires ou à des stéréotypes sur les rôles de genre, ne peuvent justifier une distinction fondée sur le sexe⁵⁵. Dans l'affaire *Emal Boyraz* précitée, le gouvernement, pour justifier la révocation de la requérante d'un poste d'officier de sécurité, alléguait qu'elle ne pouvait remplir adéquatement cette fonction car celle-ci emportait des risques et des responsabilités comme l'obligation d'utiliser des armes à feu et la force physique en cas d'attaque. La Cour constate que cette justification repose sur le postulat qu'une femme, par définition, ne saurait faire face à ces risques et assumer ces responsabilités⁵⁶. Reflétant de simples stéréotypes sur les femmes en général, elle ne saurait constituer un motif valable pour priver l'intéressée de son emploi⁵⁷. Dans l'affaire *Biao c. Danemark*, elle transpose cette approche basée sur le rejet des stéréotypes au domaine des discriminations liées à l'origine ethnique : elle établit que des présupposés d'ordre général, ou des attitudes sociales majoritaires, à propos des personnes ayant acquis leur nationalité par naturalisation ne peuvent constituer une justification valable pour leur appliquer un traitement moins favorable⁵⁸.

La discrimination fondée sur la naissance est également un domaine dans lequel la Cour a montré une nette sévérité. Dans *Inze c. Autriche*, elle déclare qu'aucun des objectifs avancés par le gouvernement pour justifier la préférence donnée aux enfants nés dans le mariage par rapport aux enfants nés hors mariage dans la succession de propriétés terriennes n'est convaincant⁵⁹. De même, dans *Pla et Puncernau c. Andorre*, à propos de l'interprétation d'une clause testamentaire par les juridictions nationales aboutissant à écarter un fils adoptif de la succession de son père au motif qu'il n'était pas son enfant biologique, la Cour déclare qu'elle « ne décèle pas le but légitime poursuivi par la décision litigieuse ni sur quelle justification objective et raisonnable pourrait reposer la distinction opérée par la juridiction interne. »⁶⁰ Par contre, dans l'affaire *Mazurek c. France*, qui concernait une différence de traitement entre enfants légitimes et « adultérins », la Cour énonce « qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré

⁵³ Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, London, New York, 2003, pp. 43-45.

⁵⁴ CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, n°16213/90, § 29. Sur la base d'un raisonnement similaire, la Cour conclura qu'entraînent également une discrimination une règle imposant aux femmes mariées, contrairement aux hommes mariés, de porter le nom de leur époux après leur mariage (CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, spéc. §§ 64-65) ainsi qu'une règle voulant que les enfants nés d'un couple marié se voient attribuer le nom de famille de leur père sans aucune possibilité d'y déroger au profit du nom de la mère au moment de l'inscription de l'enfant dans les registres d'état civil (CEDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo*, n° 77/07, spéc. §§ 66-67).

⁵⁵ Cf., en particulier, CEDH [GC], 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n°30078/06, §§ 142-143 (refus d'autoriser un homme servant dans les forces armées à prendre un congé parental). Sur cette question, Alexandra TIMMER, « Toward and Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 11, n°4, 2011, pp. 707-738.

⁵⁶ *Emal Boyraz*, précité, § 53.

⁵⁷ *Emal Boyraz*, précité, § 56.

⁵⁸ CEDH [GC], 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n°38590/10, § 126.

⁵⁹ CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n°8695/79, § 43.

⁶⁰ CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, n°69498/01, § 61.

comme légitime »⁶¹. Treize ans plus tard, dans *Fabris c. France*, elle constate que le gouvernement lui-même n'avance plus aucune justification de ce type de discrimination⁶².

Lorsque la Cour admet que la différence de traitement contestée poursuit un but légitime, l'Etat, pour échapper à l'accusation de discrimination, doit encore établir l'existence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre le moyen employé et le but visé »⁶³. Cette condition suppose que le désavantage subi par les personnes défavorisées par la mesure ne soit pas excessif par rapport au but légitime poursuivi par le gouvernement⁶⁴. Ainsi, dans l'affaire *Mazurek* précité, après avoir accepté que la volonté de protéger la famille traditionnelle peut être considérée comme un but légitime, la Cour juge que pénaliser un individu dans la succession de sa mère en raison de la situation matrimoniale de celle-ci au moment de sa naissance, ne constitue pas un moyen adéquat et proportionné de poursuivre cet objectif⁶⁵. Dans *Vallianatos et autres c. Grèce*, elle observe que la protection de la famille au sens traditionnel du terme et la défense de l'intérêt de l'enfant sont certes des finalités légitimes⁶⁶, mais que refuser aux couples de même sexe le droit de conclure un « partenariat enregistré », reconnu aux couples hétérosexuels, n'est pas nécessaire pour atteindre ces objectifs⁶⁷. Dans certains arrêts, la Cour souligne que pour être jugée proportionnée, la mesure doit constituer le moyen portant le moins gravement atteinte au droit fondamental en cause d'atteindre le but légitime visé⁶⁸. La vérification de l'existence d'autres voies permettant de réaliser le même objectif n'est cependant pas systématique dans la jurisprudence.

La Cour reconnaît aux Etats une marge d'appréciation pour « déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des traitements dissemblables »⁶⁹. L'ampleur de cette marge varie en fonction de différents facteurs⁷⁰. D'abord, certains critères de discrimination, comme le sexe ou l'origine ethnique ou raciale, ont été reconnus par la Cour comme appelant un contrôle particulièrement strict (cf. *infra* point IV). Lorsque l'un de ces motifs est en cause, un haut degré de justification est exigé de l'Etat et sa marge d'appréciation est réduite. Il ne doit pas seulement démontrer que la mesure retenue était normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais aussi qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure les personnes identifiées par ce critère d'un droit ou avantage⁷¹. D'un autre côté, la Cour considère qu'une latitude importante doit en principe être laissée aux autorités nationales lorsque sont en jeu des dispositions économiques et sociales, en particulier en matière d'impôts et de prestations sociales : « Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'Etat conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle « manifestement dépourvu de base raisonnable » »⁷². Enfin, la présence ou l'absence d'un « consensus européen » sur la question considérée influence également l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'Etat⁷³. La Cour rappelle régulièrement que « la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles »⁷⁴. Cette position lui permet de rester à l'écoute de l'évolution des lois et du débat public dans l'espace européen.

⁶¹ CEDH, 1er février 2000, *Mazurek c. France*, n°34406/97, § 50.

⁶² CEDH [GC], 7 février 2013, *Fabris c. France*, n°16574/08, § 64.

⁶³ *Affaire linguistique belge*, Section I, § 10.

⁶⁴ CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, n°446470, § 49.

⁶⁵ *Mazurek c. France*, §§ 54-55.

⁶⁶ CEDH [GC], 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n°s29381/09 et 32684/09, § 83.

⁶⁷ *Id.*, § 92.

⁶⁸ CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n°13444/04, § 94. Cf. aussi CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci*, n°s27996/06 et 34836/06, § 48.

⁶⁹ *Abdulaziz, Cabales et Bankadali*, précité, § 78.

⁷⁰ Cf. William A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 567-568.

⁷¹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n°40016/98, § 41.

⁷² *Stec et autres*, précité, § 52.

⁷³ CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, n°20458/92, §§ 38-39 (absence de consensus européen sur le versement d'une allocation de congé parental aux pères).

⁷⁴ Cf., par exemple, *Vallianatos*, précité, § 84.

La jurisprudence sur les distinctions liées à l'orientation sexuelle, marquée par des renversements notables, en témoigne tout particulièrement⁷⁵. Ainsi, à propos des mesures visant à protéger la famille, la Cour affirme que l'Etat doit choisir les mesures à prendre pour ce faire « *en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale* »⁷⁶. Dans l'affaire *Vallianatos* précitée, elle souligne que l'écrasante majorité des Etats membres ayant institué une forme de partenariat enregistré l'ont ouvert aux couples de même sexe, ce qui la conduit à n'accorder à l'Etat grec qu'une marge d'appréciation réduite en la matière⁷⁷. En revanche, pour ce qui est de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, elle observe dans l'arrêt *Oliari* que malgré une évolution progressive, on ne distingue pas de consensus établi sur la question, les Etats ayant modifié leur législation en ce sens restant minoritaires au sein du Conseil de l'Europe. Elle estime dès lors qu'une marge d'appréciation importante doit être laissée aux Etats et conclut que ceux-ci restent libres de décider d'autoriser ou non le mariage entre personnes de même sexe⁷⁸. Par contre, l'absence de toute possibilité pour les couples de même sexe d'obtenir une reconnaissance juridique de leur relation, même par le biais d'un partenariat enregistré, est jugée contraire à l'article 8 de la Convention⁷⁹.

B. LA DISCRIMINATION INDIRECTE

La Cour a longtemps privilégié une approche de la discrimination qu'on peut qualifier de formelle. Jusqu'en 2000, les arrêts constatant une violation de l'article 14 ne concernaient que des cas où était en cause une distinction de traitement *explicite*, inscrite dans la norme elle-même, en d'autres termes, une discrimination *directe*, selon la terminologie du droit de l'Union européenne. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, les requérants avaient tenté de soutenir que la législation sur l'immigration adoptée par les autorités britanniques emportait une discrimination raciale car, en pratique, elle conduisait à empêcher l'arrivée pour l'essentiel d'immigrants « de couleur »⁸⁰. Dans son arrêt du 28 mai 1985, la Cour écarte cet argument au motif que le texte légal ne comportait pas de clause distinguant *explicitement* entre les individus sur la base de leur race ou origine ethnique et n'aurait pas été motivé par des « *objections touchant à l'origine des non-nationaux qui aspiraient à entrer dans le pays* »⁸¹. A la même époque, la Cour de justice de l'Union européenne avait, quant à elle, déjà reconnu qu'une discrimination pouvait être *indirecte*. A l'instar de la Cour suprême américaine qui avait consacré la notion de « *disparate impact discrimination* »⁸², la Cour de justice, dans sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, avait indiqué, dès 1981, qu'une discrimination pouvait résulter d'une mesure neutre en apparence, parce n'énonçant pas dans son libellé de distinction basée sur le sexe, mais qui, en pratique, préjudicie une *proportion nettement plus élevée* de personnes d'un sexe⁸³. Dans les directives adoptées par l'Union européenne depuis 2000, la discrimination indirecte est désormais définie comme se produisant lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est « *susceptible d'entraîner un désavantage particulier* » pour des personnes caractérisées par

⁷⁵ Par exemple, après avoir conclu dans une première affaire que le refus d'autoriser une personne à adopter un enfant en raison de son orientation homosexuelle n'était pas discriminatoire (CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, §§ 37-38), la Cour aboutit à la conclusion inverse six ans plus tard (*E.B. c. France*, précité). Comparez aussi, en ce qui concerne la possibilité, au sein d'un couple de même sexe, d'adopter l'enfant de son conjoint : CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, n°25951/07 (constat de non discrimination) et CEDH [GC], 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, n°19010/07 (constat de discrimination).

⁷⁶ *X et autres c. Autriche*, précité, § 139 ; *Vallianatos*, précité, § 84.

⁷⁷ *Vallianatos*, précité, § 91.

⁷⁸ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n°18766/11 and 36030/11, §§ 191-192, qui confirme sur ce point l'arrêt *Schalk et Kopf* (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, §§ 105-110).

⁷⁹ *Oliari et autres*, précité, §185.

⁸⁰ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précité, § 84.

⁸¹ Id., § 85. Une minorité, au sein de la Commission, estimait qu'il y avait bien discrimination raciale : opinion dissidente de MM. Carrillo, Melchior et Weitzel, Comm.EDH, rapp., 12 mai 1983, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, n°9214/80 et al.

⁸² Cf. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁸³ C.J., Aff 96/80, *J.P. Jenkins c. Kingsgate Ltd.*, arrêt du 31 mars 1981, *Rec.* 1981, p. 919. Cette définition sera codifiée à l'art. 2, § 2 de la **Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe**.

un critère de discrimination par rapport à d'autres personnes, à moins que cette mesure ne soit justifiée par un objectif légitime et que les moyens utilisés ne soient appropriés et nécessaires⁸⁴. L'une des caractéristiques importantes de ce concept est de détacher la notion de discrimination de l'idée d'*intention* discriminatoire : c'est au regard des *effets* de la mesure sur un groupe protégé qu'il convient de déterminer s'il y a discrimination, indépendamment de la question de savoir si l'auteur de celle-ci entendait défavoriser les personnes concernées⁸⁵.

L'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000 marque une première évolution majeure de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard⁸⁶. Elle y reconnaît pour la première fois qu'une norme qui, dans son libellé, n'opère pas de distinction entre individus, peut néanmoins être source de discrimination. Cet arrêt consacre toutefois une notion différente de celle de la discrimination indirecte. La Cour y établit qu'il peut exister, dans certaines circonstances, une obligation d'appliquer un traitement distinct à des personnes placées dans des situations sensiblement différentes (cf. *infra* point C). Or, la notion de discrimination indirecte suppose uniquement de reconnaître qu'une norme neutre et générale peut être discriminatoire dans ses effets. Mais elle n'induit pas forcément un devoir d'opérer une distinction. Le remède à une telle discrimination peut aussi résider dans la formulation d'une nouvelle norme neutre et générale qui évite l'impact discriminatoire.

Avec l'arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, rendu l'année suivante, la Cour admet, sur le plan des principes, qu'une politique générale qui, dans les faits, affecte de manière disproportionnée un groupe particulier de personnes, pourrait être jugée discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable même si elle n'est pas spécifiquement dirigée contre ce groupe. En l'espèce, toutefois, elle déclare que des statistiques indiquant que la majorité des personnes tuées par la police en Irlande du Nord sont catholiques, ne sont pas, en tant que telles, suffisantes pour établir l'existence d'une pratique discriminatoire au sens de l'article 14⁸⁷. Mais dans l'affaire *Zarb Adami c. Malte*, elle accepte de prendre en compte les statistiques produites par le requérant et démontrant que le pourcentage de femmes inscrites sur les listes des personnes susceptibles d'être appelées à siéger comme jurés est considérablement plus faible que celui des hommes, pour constater une différence de traitement fondée sur le sexe⁸⁸. Le gouvernement n'ayant pas fourni de justification valable de cette différence, elle conclut à une discrimination⁸⁹.

C'est toutefois avec l'arrêt de Grande chambre *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007 que la Cour consacre pleinement le concept de discrimination indirecte, s'inspirant explicitement du droit de l'Union européenne⁹⁰. A l'origine de l'affaire, dix-huit enfants roms allèguent que leur placement dans des écoles spéciales, destinées aux enfants présentant des déficiences mentales, procède d'une discrimination liée à leur origine ethnique. Ils invoquent plusieurs documents montrant qu'un nombre disproportionné d'élèves roms sont placés dans de telles écoles, tant dans l'ensemble du pays que dans la ville où ils résident. Un premier arrêt de chambre conclut à l'absence de discrimination au motif que les requérants n'auraient pas établi que, dans leur cas personnel, leur placement et leur maintien dans ces écoles « ont été motivés par des préjugés raciaux »⁹¹. L'arrêt de Grande chambre infirme cette décision. La Cour y déclare qu'une différence de traitement peut consister « en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière

⁸⁴ Art. 2, § 2, b de la Directive 2000/43 et art. 2, § 2, b) de la directive 2000/78. Cf. aussi art. 2, 1, b de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

⁸⁵ Sur la notion de discrimination indirecte, cf. not. Dagmar SCHIEK, Lisa WADDINGTON et Marc BELL (dirs), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart, Oxford and Portland (Oregon), 2007, pp. 323-475.

⁸⁶ CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n°34369/97.

⁸⁷ CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n°24746/94, § 154. Dans le même sens, CEDH, déc., 6 janvier 2005, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, n° 58641/00.

⁸⁸ CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*, n°17209/02, § 79.

⁸⁹ Id., § 82.

⁹⁰ Entretemps, cette notion avait également été intégrée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans *Althammer et consorts c. Autriche*, constatations du 8 août 2003, Communication n°998/2001, CCPR/C/78/D/998/2001.

⁹¹ CEDH, 7 février 2006, *D.H. et autres c. République tchèque*, n°57325/00, § 52.

neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe »⁹². Un tel impact disproportionné peut être établi à l'aide de statistiques pour autant qu'elles soient fiables et significatives⁹³. Ce constat n'implique cependant pas *ipso facto* qu'il y ait discrimination. Mais il permet d'établir une *présomption* de discrimination indirecte, entraînant un glissement de la charge de la preuve : c'est alors au gouvernement, s'il veut échapper à l'accusation de discrimination, de prouver que cette différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable, non liée à un critère ethnique⁹⁴. En l'espèce, les données statistiques citées par les requérants montrent que la mise en œuvre de la législation sur les écoles spéciales aboutit, dans les faits, à la scolarisation d'un nombre disproportionné d'enfants roms dans ces établissements spéciaux. Or, les motifs invoqués par le gouvernement ne permettent pas de justifier cet état de fait. Les tests psychologiques utilisés pour décider de l'orientation des élèves ont été jugés peu fiables par plusieurs organismes indépendants⁹⁵. Quant à l'accord donné par les parents des élèves concernés, il ne constitue pas non plus une justification adéquate, les conditions d'un consentement éclairé et sans contrainte n'étant pas réunies et une renonciation au droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination raciale ne pouvant de toute façon être admise⁹⁶. Il y a donc discrimination.

De façon importante, la Grande chambre dit sans ambiguïté qu'un constat de discrimination ne requiert pas de démontrer une intention discriminatoire chez les autorités : « *lorsque pareil effet discriminatoire d'une législation a été démontré, il n'est pas nécessaire (...) de prouver que les autorités concernées étaient animées d'une intention de discriminer* »⁹⁷. Autre élément important dans cet arrêt, au lieu d'isoler le cas individuel des requérants du contexte général dans lequel il s'insère, la Cour évalue les faits à la lumière de l'incidence de la législation sur la population scolaire rom dans son ensemble⁹⁸. Cette démarche est cruciale pour rendre visible l'impact discriminatoire de la législation. Cette analyse suscita toutefois des débats au sein de la Cour, comme en témoigne le fait que quatre des dix-sept juges composant la Grande chambre formulèrent des opinions dissidentes⁹⁹.

Depuis lors, les constats de discrimination indirecte ont été peu nombreux. Dans l'affaire *Di Trizio c. Suisse*, s'appuyant sur les données statistiques fournies par les parties, elle constate que la méthode particulière de calcul du taux d'invalidité appliquée aux personnes n'exerçant, ou susceptible de n'exercer, d'activité rémunérée qu'à temps partiel, pénalise en pratique de façon disproportionnée les femmes ayant eu des enfants. A défaut de justification raisonnable de cette différence, elle conclut à une discrimination¹⁰⁰. Et dans l'arrêt *Biao c. Danemark* du 24 mai 2016, c'est la différence de traitement opérée en matière de droit au regroupement familial entre ressortissants danois selon qu'ils possèdent ou non la nationalité danoise depuis au moins 28 ans, qui est jugée indirectement discriminatoire à raison de l'origine ethnique. En l'absence de statistiques disponibles, la Cour se fonde sur la nature même de la mesure pour constater qu'elle « *a pour conséquence indirecte de favoriser les Danois d'origine*

⁹² CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n°[57325/00](#), § 184.

⁹³ Id., § 188.

⁹⁴ Id., § 189.

⁹⁵ Id., §§ 200-201.

⁹⁶ Id., §§ 202-204.

⁹⁷ Id., § 194.

⁹⁸ La Cour déclare même : « *dès lors qu'il a été établi que l'application de la législation pertinente avait à l'époque des faits des effets préjudiciables disproportionnés sur la communauté rom, les requérants en tant que membres de cette communauté ont nécessairement subi le même traitement discriminatoire. Cette conclusion dispense la Cour de se pencher sur leurs cas individuellement.* » (Id., § 209).

⁹⁹ Cf. Opinions dissidentes du juge Zupančič, du juge Jungwiert, du juge Borrego Borrego et du juge Šikuta. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Oršuš et autres c. Croatie*, la Grande chambre fit à nouveau application de la notion de discrimination indirecte pour conclure que la création de classes séparées pour les élèves roms dans certaines écoles croates, au motif officiel qu'ils ne maîtrisaient pas suffisamment la langue croate, constituait une discrimination liée à l'origine ethnique (CEDH [GC], 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, n° [15766/03](#)). Là encore, le raisonnement tenu généra l'opposition de plusieurs juges. Mais de façon intéressante, dans leur opinion commune, les huit juges dissidents déclarent se rallier à la majorité pour ce qui est des principes exposés dans l'arrêt et en particulier pour ce qui concerne la reconnaissance du concept de discrimination indirecte. Leur désaccord porte sur l'application de ces principes à l'affaire en cause et la conclusion que les mesures appliquées aux requérants étaient dépourvues de justification objective et raisonnable. (Opinion en partie dissidente commune aux juges Jungwiert, Vajic, Kovler, Gyulumyan, Jaeger, Myjer, Berro-Lefèvre et Vucinic, §§ 2-3).

¹⁰⁰ CEDH, 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, n°7186/09 (violation de l'article 14 combiné à l'article 8). Cf. aussi CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, n°14518/89 (violation de l'article 14 combiné à l'article 6).

ethnique danoise et de désavantager les personnes d'origine ethnique étrangère qui, comme le requérant, ont acquis la nationalité danoise après la naissance »¹⁰¹. Le gouvernement n'ayant pas pu démontrer qu'il existait des considérations impérieuses non liées à l'origine ethnique propres à justifier cette différence de traitement, il y a violation de l'article 14 combiné à l'article 8¹⁰².

C. L'APPLICATION D'UN TRAITEMENT IDENTIQUE A DES PERSONNES PLACÉES DANS DES SITUATIONS DISTINCTES

Dans l'arrêt *Thlimmenos* précité, la Cour déclare que le droit protégé à l'article 14 n'est pas seulement méconnu lorsque des personnes placées dans une situation comparable sont, sans justification objective et raisonnable, traitées de manière différente, mais également lorsque « *sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes.* »¹⁰³ Elle identifie ainsi une forme de discrimination supplémentaire, qui se distingue des discriminations directe et indirecte : c'est l'absence de différenciation qui est ici à l'origine de la discrimination. En l'espèce, vu que la loi grecque interdisait de nommer comme expert-comptable toute personne ayant été reconnue coupable d'un crime, les autorités avaient refusé de nommer à ce poste le requérant qui, cinq auparavant, avait été condamné pour crime pour avoir refusé, en tant que Témoin de Jéhovah, d'effectuer son service militaire en raison de ses convictions religieuses. La Cour observe que contrairement à d'autres condamnations, « *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.* »¹⁰⁴ Aussi, en adoptant la loi en cause « *sans introduire les exceptions appropriées* » pour éviter que des personnes dans la situation du requérant ne soient exclues de la profession d'expert-comptable, l'Etat a enfreint l'article 14 combiné à l'article 9 de la Convention¹⁰⁵.

Ce raisonnement reflète une logique similaire à celle qui fonde le mécanisme de l'*aménagement raisonnable*. Cette notion repose sur l'idée que lorsqu'une norme neutre et générale, justifiée par un but légitime, empêche certains individus d'accéder à un emploi ou à un autre domaine d'activité, en raison d'un handicap, d'une conviction religieuse ou d'un autre motif de discrimination, ceux-ci sont en droit de réclamer un aménagement individuel de cette norme afin de leur garantir une égalité d'accès, à condition que cet aménagement soit raisonnable, c'est-à-dire qu'il n'entraîne pas d'atteinte aux droits d'autrui ni un coût financier ou organisationnel excessif¹⁰⁶. C'est aux Etats-Unis qu'un devoir d'aménagement raisonnable a été consacré pour la première fois par la loi, d'abord pour motif religieux dans l'emploi¹⁰⁷, ensuite pour cause de handicap¹⁰⁸. Au Canada, l'obligation d'« *accommodement raisonnable* », reconnue initialement par la Cour suprême en matière religieuse¹⁰⁹, a été étendu à d'autres critères, tels que le handicap, le sexe, la grossesse ou encore l'âge¹¹⁰. Un devoir d'aménagement raisonnable a également été consacré dans la directive 2000/78 de l'Union européenne mais uniquement en faveur des personnes handicapées et dans le secteur de l'emploi et du travail¹¹¹. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, en vigueur depuis 2008, institue elle aussi

¹⁰¹ CEDH [GC], 24 mai 2016, *Biao c. Danemark*, n°38590/10, § 113.

¹⁰² Id., § 138.

¹⁰³ *Thlimmenos*, précité, § 44.

¹⁰⁴ Id., § 47.

¹⁰⁵ Id., § 48.

¹⁰⁶ Lisa WADDINGTON and Aart HENDRIKS, « The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, vol. 18, pp. 403-427. Cf. aussi Julie RINGELHEIM, « Adapter l'entreprise à la diversité des travailleurs : la portée transformatrice de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, vol. 1, n°1, 2013, pp. 57-82 et E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM et I. RORIVE, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *R.T.D.H.*, 2009, n°78, pp. 319-373.

¹⁰⁷ Title VII *Civil Rights Act*, § 701 (j).

¹⁰⁸ *American with Disabilities Act* (1990) (42 U.S.C. §§ 12,101-12,213 (1994 & Supp. II 1996)).

¹⁰⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

¹¹⁰ Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in Myriam JEZEQUIEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, ed. Yvon Blais, 2007, pp. 3-28.

¹¹¹ Art. 5 de la Directive 2000/78/CE.

un droit à l'aménagement raisonnable pour les personnes handicapées, qui s'applique à tous les domaines visés par cet instrument¹¹².

Dans son arrêt *Çam c. Turquie* du 23 février 2016, la Cour européenne des droits de l'homme déclare que « la discrimination fondée sur le handicap englobe également le refus d'aménagements raisonnables. »¹¹³ Curieusement, elle ne se réfère cependant pas à la jurisprudence *Thlimmenos*. Elle affirme que l'article 14 de la Convention doit être interprété en tenant compte de l'évolution du droit international et européen et en particulier de la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées¹¹⁴, laquelle définit les aménagements raisonnables comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportée, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales » (art. 2). En l'espèce, un conservatoire de musique avait refusé d'inscrire une étudiante non voyante, malgré sa réussite au concours d'entrée, au motif que sa cécité l'aurait rendue inapte à y suivre les cours. Or, l'établissement n'avait pas voulu envisager la mise en place d'aménagements raisonnables pour permettre sa scolarisation. En conséquence, la Cour juge que « la requérante s'est vu dénier, sans justification objective et raisonnable, la possibilité de suivre une éducation au sein du conservatoire de musique, à cause de son seul handicap visuel. »¹¹⁵ Auparavant, dans l'affaire *Glor c. Suisse*, la Cour avait déjà abouti à un constat de violation de l'article 14 en raison d'un refus opposé par les autorités à une demande d'adaptation motivée par un handicap, mais sans utiliser les termes d'« aménagement raisonnable ». S'appuyant sur le principe de proportionnalité, elle avait souligné que « pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue. »¹¹⁶

En matière de liberté de religion, la Cour, sur la base de l'article 9 de la Convention, a appliqué un raisonnement comparable au mécanisme de l'aménagement raisonnable pour ce qui est de la pratique religieuse en prison : elle a établi qu'en vertu de leurs obligations positives au titre de l'article 9 de la Convention, les autorités nationales sont tenues d'adapter la composition des repas d'un prisonnier lorsque celui-ci le demande sur la base de ses convictions religieuses, pour autant que cette adaptation ne perturbe pas la bonne administration de la prison ni ne nuise à la qualité de l'alimentation fournie aux autres détenus¹¹⁷. Dans d'autres contextes, en revanche, la Cour se montre réticente à admettre l'idée qu'une norme *a priori* neutre et générale, qui entre en conflit avec la pratique religieuse d'un individu, puisse, à défaut de recherche d'un aménagement raisonnable, générer une violation de la Convention¹¹⁸. Dans l'affaire *Sessa c. Italie*, par exemple, où il était question du refus de l'autorité judiciaire d'accéder à la demande d'un avocat de confession juive de reporter une audience fixée à une date correspondant à une fête juive, la Cour dit n'être pas convaincue que cette attitude puisse s'analyser en une restriction au droit à la liberté de religion¹¹⁹. A supposer qu'il y ait eu ingérence, celle-ci se justifiait selon elle par la protection des droits et libertés d'autrui et était proportionnée au but visé¹²⁰. Trois juges dissidents critiquent le raisonnement tenu par la majorité. Ils observent

¹¹² Art. 5, § 3 de cette Convention.

¹¹³ CEDH, 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, n°51500/08, § 67.

¹¹⁴ Id., §§ 64-65.

¹¹⁵ Id., § 69.

¹¹⁶ CEDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n°13444/04, § 95 (requérant non autorisé à accomplir son service militaire ou à le remplacer par un service civil en raison de son diabète mais tenu de payer une taxe d'exemption).

¹¹⁷ CEDH, 7 décembre 2010, *Jakóbski c. Pologne*, n°18429/06, §§ 46-47 et 52 (détenu de confession bouddhiste souhaitant un régime végétarien).

¹¹⁸ Cf. CEDH, 13 avril 2006, *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n°5517/00, §§ 37-38 (employé souhaitant s'absenter pour une fête religieuse) et CEDH, déc., 4 mars 2008, *El Morsli v. France*, n° 15585/06 (femme portant le voile demandant à ôter son voile devant une femme plutôt que devant un homme lors d'un contrôle de sécurité). Il est à noter que ces décisions sont fondées sur l'article 9 et non sur l'article 14. Par ailleurs, elles se situent dans la lignée de la jurisprudence de l'ancienne Commission. Cf. Stefanos STAVROS, « Freedom of Religion and Claims for Exemption from Generally Applicable, Neutral Laws: Lessons from Across the Pond ? », *E.H.R.L.R.*, issue 6, 1997, pp. 607-627.

¹¹⁹ CEDH, 3 avril 2012, *Sessa c. Italie*, n°28790/08, § 37.

¹²⁰ Id., § 38.

que le principe de proportionnalité « suppose que parmi plusieurs moyens permettant d'atteindre le but légitime poursuivi, les autorités choisissent celui qui est le moins attentatoire aux droits et libertés. Dans cette perspective, la recherche d'un aménagement raisonnable de la situation litigieuse peut, dans certaines circonstances, constituer un moyen moins restrictif d'atteindre l'objet poursuivi. »¹²¹ En l'espèce, ils estiment que « les conditions étaient réunies pour tenter d'arriver à un aménagement et un aménagement raisonnable – c'est-à-dire qui n'entraîne pour les autorités judiciaires une charge disproportionnée – de la situation. Avec quelques concessions, celui-ci aurait permis d'éviter une ingérence dans la liberté religieuse du requérant, sans pour autant compromettre la réalisation du but légitime que constitue de toute évidence la bonne administration de la justice. »¹²²

Le principe selon lequel il peut y avoir discrimination lorsque les Etats n'appliquent pas un traitement distinct à des personnes placées dans des situations sensiblement différentes, a par ailleurs conduit la Cour à constater une discrimination dans un autre cas de figure, à savoir des cas dans lesquels les autorités, dans l'interprétation d'une norme qui laissait une certaine marge d'appréciation, ont omis de tenir compte de la situation spécifique du requérant, liée à un critère de discrimination. L'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* est particulièrement intéressant¹²³ : la Cour juge qu'en interprétant, dans le cadre d'une procédure engagée aux fins d'obtenir un permis de séjour pour raison familiale, la notion de « membres de la famille » comme étant limitée aux membres d'un couple ayant fait reconnaître légalement leur union, les autorités italiennes ont commis une discrimination à l'encontre des requérants fondée sur leur orientation sexuelle. Elles ont en effet, sans justification objective et raisonnable, traité un couple homosexuel de la même manière que les couples hétérosexuels n'ayant pas régularisé leur situation, sans tenir compte du fait qu'à la différence de ces derniers, ils n'avaient accès en Italie à aucune forme de reconnaissance légale¹²⁴¹²⁵.

D. LES CRIMES DE HAINE

Depuis les années 2000, la Cour est confrontée de façon croissante à des requêtes alléguant une forme de discrimination particulièrement grave : celle consistant en des violences physiques exercées contre une personne en raison de son origine ethnique, de son sexe, de son orientation sexuelle ou encore de sa religion. Le requérant, dans ces affaires, ne se plaint pas seulement d'avoir été victime de brutalités, il soutient en outre que c'est en raison de son appartenance, réelle ou supposée, à un groupe spécifique qu'il a été la cible de ce traitement.

C'est d'abord dans le cadre d'affaires concernant des allégations de brutalités policières commises envers des personnes roms, que la Cour a construit sa jurisprudence en la matière. Elle a, dans un premier

¹²¹ Opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Popović et Keller, § 9.

¹²² Id., § 10.

¹²³ CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n°51362/09.

¹²⁴ Id., § 98. Pour un raisonnement similaire appliqué à la problématique du handicap, cf. *Guberina c. Croatie* : en évaluant la situation financière et les besoins en matière de logement du requérant aux fins de déterminer s'il pouvait bénéficier d'une exemption de la taxe sur le transfert de biens immobiliers, sans tenir compte du fait qu'il avait un enfant lourdement handicapé, les autorités nationales ont commis une discrimination liée au handicap (CEDH, 22 mars 2016, *Guberina c. Croatie*, n°23682/13, § 92).

¹²⁵ Comp. CEDH, 23 février 2016, *Pajić c. Croatie*, n°68453/13. Dans cette affaire décidée quelques mois plus tôt, la Cour avait là aussi constaté une discrimination résultant du refus des autorités nationales de prendre en compte la demande de permis de résidence soumise par la compagne d'une résidente croate, sur la base du droit au regroupement familial. La différence est que dans cette affaire, la loi nationale elle-même réservait le droit de bénéficier du regroupement familial aux membres de couples hétérosexuels, mariés ou en couple depuis trois ans, excluant dès lors les couples de même sexe. En revanche, dans *Aldeguer Tomás c. Espagne*, décidé deux semaines avant *Taddeucci et McCall*, la Cour n'a pas vu de discrimination malgré certaines similarités entre les deux affaires. Le requérant se plaignait de s'être vu refusé une pension de survie après le décès de son compagnon au motif qu'ils n'étaient pas mariés, alors qu'il leur avait été impossible de se marier vu que l'accès au mariage pour les couples de même sexe n'avait été reconnu en Espagne que trois ans après la mort de son compagnon. Le requérant comparait sa situation à celle des couples hétérosexuels cohabitant qui, avant 1981, étaient dans l'impossibilité de se marier en raison de l'interdiction du remariage après divorce, et pour lesquels la loi avait prévu une dérogation pour leur permettre de bénéficier du droit à la pension de survie. Mais la Cour a jugé que ces situations n'étaient pas comparables (*Aldeguer Tomás*, précité).

temps, établi que pour démontrer le caractère discriminatoire des violences dénoncées, les requérants devaient en apporter la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* ». Ce critère exigeant de preuve s'est révélé particulièrement difficile à satisfaire dans ce type de cas¹²⁶. A plusieurs reprises, la Cour a reconnu la responsabilité de l'Etat dans les violences commises et/ou dans l'absence d'enquête effective sur ces incidents, constatant une violation du droit à la vie (art. 2 CEDH) ou du droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH), mais a estimé, en revanche, que la discrimination n'était pas démontrée¹²⁷. Les arguments du requérant sur ce plan avaient beau être « *sérieux* », ils étaient jugés insuffisants pour satisfaire le critère de la « *preuve au-delà de tout doute raisonnable* »¹²⁸. L'arrêt de Grande Chambre *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 marque un assouplissement de cette jurisprudence. Deux jeunes conscrits roms avaient été abattus par un agent de la police militaire qui tentait de les arrêter. Pour la première fois, la Cour conclut à une violation non seulement de l'article 2, mais également de l'article 14 combiné à l'article 2. Ce constat, toutefois, ne porte que sur la dimension *procédurale* et non *matérielle* de ces dispositions. La Cour pose en principe que lorsqu'existent des indices laissant penser que des attitudes racistes pourraient être à l'origine d'un acte de violence, l'Etat a l'obligation positive de mener une enquête effective sur l'existence éventuelle d'un mobile raciste¹²⁹. En effet, la « *violence raciale constitue une atteinte particulière à la dignité humaine et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme et la violence raciste, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse* »¹³⁰.

D'un autre côté, elle confirme l'application du critère de la preuve « *au-delà de tout doute raisonnable* » pour déterminer s'il y a violation de l'article 14 sur un plan matériel, autrement dit, pour établir si les violences elles-mêmes avaient un caractère raciste. Cette preuve, cependant, « *peut résulter d'un faisceau d'indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants* »¹³¹. Mais en l'espèce, malgré les injures racistes proférées par l'agent de la police militaire durant les faits et malgré les rapports internationaux attestant de la récurrence des violences policières envers les Roms en Bulgarie, la Cour estime que le caractère discriminatoire du double homicide n'est pas établi. Contrairement à la chambre qui s'était prononcée initialement dans cette affaire et avait conclu à une violation de l'article 14 sur un plan matériel, la Grande chambre se refuse à appliquer, sur la base des indices fournis par les requérants, le mécanisme du renversement de la charge de la preuve¹³². Elle déclare que cette démarche ne serait pas appropriée lorsqu'est en cause une allégation de violence raciste, parce qu'elle « *reviendrait à exiger du gouvernement défendeur qu'il prouve que la personne concernée n'a pas adopté une attitude subjective particulière* »¹³³. Ce point de vue critiqué par six juges dissidents¹³⁴. Par la suite, la Cour a, dans un cas, jugé les éléments de faits suffisants pour conclure que les violences policières commises à l'encontre d'un adolescent rom présentaient, en tant que telles, un caractère raciste¹³⁵. Mais généralement, dans les affaires de ce type, la Cour n'a constaté de discrimination que sur un plan procédural, autrement dit pour absence d'enquête effective sur l'existence d'un mobile raciste¹³⁶.

¹²⁶ Cf. les critiques de Mathias MOSCHEL in « Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence 'Beyond Reasonable Doubt'? », *Human Rights Law Review*, vol. 12, n°3, 2012, pp. 479-507.

¹²⁷ CEDH, 18 mai 2000, *Velikova c. Bulgarie*, n°41488/98 ; CEDH, 13 juin 2002, *Anguelova c. Bulgarie*, n°38361/97 ; CEDH, 20 juillet 2004, *Balogh c. Hongrie*, n°47940/99.

¹²⁸ *Velikova c. Bulgarie*, précité, § 94 ; *Anguelova c. Bulgarie*, précité, § 168.

¹²⁹ CEDH [GC], 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, n°s 43577/98 et 43579/98, § 160.

¹³⁰ Id., § 145.

¹³¹ Id., § 147.

¹³² CEDH, 26 février 2004, *Natchova et autres c. Bulgarie*, n°s 43577/98 et 43579/98, §§ 171-172.

¹³³ CEDH [GC], *Natchova*, précité, § 157.

¹³⁴ Opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Hedigan, Mularoni, Fura-Sandström, Gyulumyan et Spielmann. Cf. aussi les critiques de Dominique ROSENBERG in « Quand la Grande Chambre affirme sa prééminence jurisprudentielle en matière de non-discrimination... L'épilogue de l'affaire *Natchova* », *R.T.D.H.*, n°67, 2006, pp. 655-665.

¹³⁵ CEDH, 4 mars 2008, *Stoica c. Roumanie*, n° 42722/02.

¹³⁶ Cf. not. CEDH, 13 décembre 2005, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, n°15250/02 ; CEDH, *Turan Çakır c. Belgique*, n°44256/06, 10 mars 2009 et CEDH, 24 juillet 2012, *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08.

Dans la jurisprudence postérieure, les principes posés dans l'arrêt *Natchova* ont été étendus à trois égards. D'abord, la Cour a précisé que l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir une éventuelle motivation raciste dans la commission d'incidents violents en cas d'éléments plausibles indiquant la possibilité d'un tel mobile, vaut également lorsque de tels actes sont commis par des particuliers : « *Traiter la violence et les brutalités à motivation raciste sur un pied d'égalité avec les affaires sans connotation raciste équivaudrait à fermer les yeux sur la nature spécifique d'actes particulièrement destructeurs des droits fondamentaux.* »¹³⁷ Ensuite, ces principes ont été appliqués à des cas de crimes de haine liés à d'autres caractéristiques que l'origine ethnique ou raciale, à savoir la religion¹³⁸ et l'orientation sexuelle¹³⁹. Enfin, la Cour a affirmé que les autorités n'avaient pas seulement l'obligation d'enquêter sur de tels crimes une fois commis, mais également le devoir de prendre des mesures adéquates pour prévenir ou faire cesser de telles violences¹⁴⁰. Elle a, par exemple, jugé que le défaut des autorités géorgiennes, malgré les demandes circonstanciées des organisateurs, de fournir une présence policière renforcée pour protéger les participants à une marche en faveur des droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres contre des agressions physiques et verbales de contre-manifestants, était constitutif d'une violation de l'article 14 combiné à l'article 3¹⁴¹.

La Cour a également abordé la question des violences domestiques infligées aux femmes sous l'angle de la discrimination. Elle estime que l'inaction des autorités face aux plaintes et aux demandes de protection introduites par les victimes, dans un contexte de passivité généralisée des institutions judiciaires nationales à l'égard de cette forme de violence, révèle une discrimination basée sur le sexe¹⁴². Un constat de discrimination dans ce type de circonstances peut également découler de faits propres à l'espèce démontrant une attitude discriminatoire des autorités à l'égard de la victime en tant que femme¹⁴³. L'analyse de la Cour s'appuie en particulier sur les travaux du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹⁴⁴ et sur la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (2011), qui qualifient la violence à l'égard des femmes de forme de discrimination¹⁴⁵.

E. LES DISCOURS DE HAINE

Dans sa jurisprudence relative à la liberté d'expression, la Cour considère que l'interdiction et la sanction de discours incitant à la haine contre un groupe ethnique ou religieux peuvent constituer des restrictions légitimes au droit garanti à l'article 10 de la Convention¹⁴⁶. Mais contrairement au PIDCP¹⁴⁷, ou à la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁴⁸, la CEDH ne comporte pas de clause exigeant expressément de l'Etat qu'il combatte de tels discours de haine. Une obligation en ce sens peut-elle néanmoins se déduire de la Convention ? La Cour a évolué

¹³⁷ CEDH, 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*, n°40116/02, § 67. Cf. aussi, parmi d'autres, CEDH, 24 mars 2016, *Sakir c. Grèce*, n°48475/09, § 72.

¹³⁸ CEDH, 3 mai 2007, *Affaire membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n°71156/01 ; CEDH, 14 décembre 2010, *Milanovic c. Serbie*, n°44614/07 et CEDH, 7 octobre 2014, *Begheluri et autres c. Géorgie*, n° 28490/01.

¹³⁹ CEDH, 12 mai 2015, *Identoba et autres c. Géorgie*, n°73235/12 et CEDH, 12 avril 2016, *M.C. et A.C. c. Roumanie*, n°12060/12.

¹⁴⁰ *Identoba*, précité, § 63. Cf. aussi *Affaire membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et autres*, § 140.

¹⁴¹ *Identoba*, précité.

¹⁴² CEDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n°33401/02. Cf. aussi CEDH, 28 mai 2013, *Eremia c. République de Moldavie*, n°3564/11 et CEDH, 22 mars 2016, *M.G. c. Turquie*, n°646/10.

¹⁴³ CEDH, 28 mai 2013, *Eremia c. République de Moldavie*, n°3564/11, § 89.

¹⁴⁴ *Opuz*, précité, § 187.

¹⁴⁵ *M.G. c. Turquie*, précité, § 116.

¹⁴⁶ Cf. not. CEDH, 10 juillet 2008, *Soulas et autres c. France*, n°15948/03. Dans certaines affaires, la Cour, s'appuyant sur l'article 17, a estimé que des attaques générales et véhémentes contre un groupe ethnique ou religieux, parce qu'elles étaient foncièrement contraires aux valeurs de la Convention, ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10. Cf. not. CEDH, déc., 16 novembre 2004, *Norwood c. Royaume-Uni*, n°23131/03 et CEDH, déc., 20 octobre 2015, *M'Bala M'Bala c. France*, n°25239/13.

¹⁴⁷ Art. 20, § 2.

¹⁴⁸ Art. 4, a).

vers une réponse positive, tout en se montrant attentive à la nécessité de concilier une telle exigence avec le droit à la liberté d'expression.

Un premier pas fut franchi avec l'arrêt *Aksu c. Turquie* du 15 mars 2012. Le requérant se disait préjudicié en tant que Rom par la publication de deux ouvrages comportant des propos qu'il jugeait dévalorisants et stigmatisants à l'égard des Roms en général. Il se plaignait du rejet par les tribunaux nationaux de l'action en réparation qu'il avait introduite. La Cour, réunie en Grande chambre, accepte que les faits en cause touchent au droit à la vie privée du requérant : l'identité ethnique d'un individu constitue un élément important de la vie privée et « à partir d'un certain degré d'enracinement, tout stéréotype négatif concernant un groupe peut agir sur le sens de l'identité de ce groupe ainsi que sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi de ses membres »¹⁴⁹. De tels griefs rentrent dès lors dans le champ d'application de la Convention. Mais d'un autre côté, la Cour souligne la nécessité de prendre en compte le droit à la liberté d'expression et insiste sur la marge d'appréciation à reconnaître aux autorités nationales dans la conciliation des impératifs en conflit. Elle estime que les tribunaux turcs se sont fondés sur des motifs raisonnables pour rejeter la plainte du requérant¹⁵⁰.

Son appréciation est différente dans *R.B. c. Hongrie*, où une personne rom se plaignait d'avoir été la cible de menaces et d'insultes à caractère raciste proférées par des individus participant à une manifestation d'extrême-droite organisée dans un quartier rom¹⁵¹. Comme à l'égard des crimes de haine, elle déclare, sur la base de l'article 8, que l'Etat a l'obligation positive de prendre des mesures adéquates, dans la sphère du droit pénal, pour garantir aux personnes une protection contre des attaques verbales et des menaces physiques à caractère raciste, et ce, tout particulièrement dans le cas d'une minorité ethnique qui est de façon récurrente victime de violence et d'intolérance¹⁵². Lorsque la législation nationale n'offre pas de recours approprié aux victimes pour leur permettre d'obtenir qu'une enquête effective soit menée sur de tels incidents, malgré des circonstances de fait suggérant une motivation raciste, il y a violation de l'article 8 de la Convention¹⁵³.

F. LA DISCRIMINATION COMMISE PAR DES PERSONNES PRIVEES : L'EFFET HORIZONTAL DE L'ARTICLE 14

La discrimination n'émane pas seulement des autorités publiques, elle se manifeste aussi, et peut-être avant tout, dans les rapports entre particuliers. Or, les caractéristiques de l'article 14 de la Convention rendent *a priori* malaisée son application à des litiges impliquant des actes discriminatoires commis par des personnes privées¹⁵⁴. De manière générale, la Convention n'impose d'obligations qu'aux Etats. Et contrairement à l'article 26 du PIDCP ou aux directives de l'Union européenne, l'article 14 n'exige pas expressément des autorités nationales qu'elles interdisent la discrimination dans la loi nationale. Par ailleurs, une grande partie des discriminations entre particuliers se situent dans des domaines relevant du champ économique, comme l'emploi et le logement. Dès lors, la quasi-absence de reconnaissance de droits économiques et sociaux dans la Convention entrave la possibilité de mettre en cause ce type de faits sur la base de l'article 14.

L'évolution de la jurisprudence a toutefois permis à la Cour de surmonter en partie ces obstacles et de consacrer une obligation, pour l'Etat, de combattre la discrimination, y compris dans les rapports entre personnes privées, conférant ainsi un effet horizontal à l'article 14. Cette reconnaissance est intervenue assez tardivement comparée à d'autres dispositions de la Convention. C'est d'abord en matière de lutte contre les crimes de haine que la Cour a dégagé de l'article 14 une telle obligation. Dans l'arrêt *Šečić c.*

¹⁴⁹ CEDH [GC], 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, n°s 4149/04 et 41029/04, § 58. En revanche, la Cour estime que l'article 14 n'est pas en cause, à défaut de preuve que les publications litigieuses eussent une intention discriminatoire ou aient produit un effet discriminatoire (§ 45).

¹⁵⁰ Comp. CEDH, 22 mars 2016, *Sousa Goucha c. Portugal*, n°70434/12 (personne se plaignant d'avoir été la cible de propos stigmatisants au cours d'une émission télévisée en raison de son orientation sexuelle).

¹⁵¹ CEDH, 12 avril 2016, *R.B. c. Hongrie*, n° 64602/12.

¹⁵² Id., § 81.

¹⁵³ Id., § 91.

¹⁵⁴ Caroline PICHERAL, *op. cit.*, pp. 525-528.

Croatie du 31 mai 2007, elle établit, à charge des autorités nationales, une obligation positive de prendre les mesures propres à prévenir et sanctionner les crimes de haine commis par des particuliers¹⁵⁵. Avec l'arrêt *Danilenkov c. Russie* du 30 juillet 2009, c'est contre la discrimination dans l'emploi qu'elle reconnaît un devoir de protection s'imposant à l'Etat. Les requérants, discriminés par leur employeur privé en raison de leur appartenance syndicale, accusaient les autorités nationales d'avoir toléré les politiques discriminatoires de l'entreprise et refusé d'examiner leurs griefs, à défaut de mécanisme de protection adéquat en droit interne. La Cour affirme qu'en vertu de l'article 14 combiné à l'article 11, les Etats ont l'obligation positive « *de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale.* »¹⁵⁶ Les individus victimes d'un traitement discriminatoire doivent pouvoir contester ce traitement et tenter une action en justice pour obtenir réparation¹⁵⁷. Le principe affirmé ici vaut potentiellement pour d'autres discriminations que la discrimination syndicale. Certes, pour entrer dans le champ d'application de l'article 14, la mesure contestée doit porter sur l'exercice d'un droit garanti par la Convention. Mais l'évolution de l'interprétation de l'article 8 a accru les possibilités de satisfaire cette condition. La Cour a en effet reconnu que la notion de vie privée s'étend à des éléments de l'identité personnelle d'un individu, tel que son sexe, de sorte qu'une mesure aussi drastique qu'un licenciement basé uniquement sur ce motif affecte son identité, son estime de soi et donc sa vie privée¹⁵⁸. Un raisonnement analogue pourrait s'appliquer à une mesure similaire basée sur l'identité ethnique puisque celle-ci constitue aussi, pour la Cour, un élément important de la vie privée¹⁵⁹. Par ailleurs, la Cour a établi que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée sur le terrain de l'article 9 pour défaut de protection d'un individu contre un traitement défavorable infligé par son employeur privé à raison de sa religion¹⁶⁰.

G. L'ACTION POSITIVE

Dès l'affaire linguistique belge, la Cour observe en *obiter dictum* que des différences de traitement peuvent être légitimes lorsqu'elles ont pour but de « *corriger des inégalités de fait* »¹⁶¹. Elle accepte ainsi que des politiques d'*action positive* ou *action affirmative*, autrement dit des politiques visant à *promouvoir* l'égalité par des mesures volontaristes destinées à compenser ou éliminer une situation d'inégalité subie par un groupe en raison de discriminations passées ou présentes, ne sont, sur le principe, pas contraires à l'article 14¹⁶². Ces politiques peuvent notamment se traduire par l'octroi d'un traitement préférentiel aux membres du groupe visé. La Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) (art. 1, § 4) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEFDF) (art. 4, § 1) permettent expressément l'adoption de « *mesures temporaires spéciales* » visant à réaliser ou accélérer l'égalité. Elles fixent néanmoins deux conditions : elles doivent être nécessaires au vu de la situation du groupe concerné et rester limitées dans le temps ; elles ne peuvent être maintenues une fois les objectifs atteints¹⁶³. Dans le droit de l'Union européenne, les directives antidiscriminatoires autorisent également les Etats à maintenir ou adopter des mesures dites d'action positive¹⁶⁴. La Cour de justice a toutefois identifié des

¹⁵⁵ Arrêt *Šečić*, précité.

¹⁵⁶ CEDH, *Danilenkov et autres c. Russie*, 30 juillet 2009, n° 67336/01, § 124.

¹⁵⁷ Ibid. L'affaire *Pla et Puncernau* fournit un autre exemple d'effet horizontal de l'article 14. Etait en cause l'interprétation littérale donnée par les tribunaux nationaux à une clause testamentaire, conduisant à exclure le requérant de la succession de son père au motif qu'il était un enfant adopté et non un enfant biologique. La Cour juge qu'il y a discrimination (CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, n°69498/01).

¹⁵⁸ *Emel Boyraz*, précité, § 44.

¹⁵⁹ *Aksu*, précité, § 58.

¹⁶⁰ Cf. not. CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°48420/10 et al.

¹⁶¹ *Affaire linguistique belge*, p. 31, § 10.

¹⁶² Cf. William A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 567.

¹⁶³ Cf. Ineke BOEREFIJN *et alii* (éd.), *Temporary Special Measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2003.

¹⁶⁴ Cf. not. art. 5 de la Directive 2000/43/CE.

conditions à respecter pour assurer la compatibilité de ces mesures avec le principe d'égalité de traitement¹⁶⁵.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière reste très limitée. Pour juger de la conformité d'un tel dispositif avec l'article 14, la Cour applique les critères classiques de sa jurisprudence relative à la discrimination : elle vérifie si la mesure a réellement pour but légitime de corriger une inégalité de fait et si elle respecte le principe de proportionnalité. Elle laisse toutefois aux Etats une certaine marge d'appréciation dans ce domaine. Ainsi, dans l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*, à propos de la différence de traitement entre hommes et femmes quant à l'âge légal de départ à la retraite, elle constate que cette distinction a été introduite en 1940 « *afin d'atténuer l'inégalité et le désavantage financiers qui résultaient pour la femme du fait que son rôle consistait traditionnellement à s'occuper, sans rémunération, de sa famille au sein de son foyer plutôt que d'exercer une occupation professionnelle rémunérée.* »¹⁶⁶ Destinée à corriger des inégalités factuelles entre hommes et femmes, cette mesure était, à l'origine du moins, objectivement justifiée au regard de l'article 14 de la Convention. Cependant, les transformations sociales et économiques ont fini par faire disparaître la nécessité d'un tel traitement spécial. Mais ce processus a été graduel de sorte qu'il serait difficile, voire impossible, de déterminer le moment exact où la disparité a cessé d'être suffisamment justifiée¹⁶⁷. La Cour conclut qu'on ne peut reprocher au Royaume-Uni, compte tenu de sa marge d'appréciation, de ne pas s'être engagé plus tôt dans la voie de l'harmonisation des âges de départ à la retraite¹⁶⁸.

Des mesures d'action positive peuvent-elles, dans certaines situations, être considérées comme obligatoires ? La CERD et la CEFDF consacrent toutes deux expressément une obligation, dans certaines circonstances, de mettre en place de telles politiques. Ainsi, l'article 2, § 2 de la CERD requiert des Etats qu'ils prennent, si les circonstances l'exigent, des « *mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales.* » Ces mesures, toutefois, « *ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient.* »¹⁶⁹ Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies estime qu'une obligation similaire découle de l'article 26 PIDCP, bien que cette disposition ne l'évoque pas expressément : le « *principe d'égalité suppose parfois de la part des Etats parties l'adoption de mesure en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte.* » Ces mesures « *peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques* », par exemple dans des cas « *où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme* »¹⁷⁰. Les situations visées semblent être celles dans lesquelles les membres d'un groupe particulier sont victimes d'une discrimination d'une telle ampleur qu'on peut la qualifier de structurelle ou systémique¹⁷¹. La position de la Cour européenne des droits de l'homme est moins claire. Au titre des principes généraux relatifs à l'article 14, elle a plusieurs fois observé que « *dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause* »¹⁷². Elle a par ailleurs affirmé que les Roms, en raison de leur histoire, constituaient une minorité particulièrement défavorisée et

¹⁶⁵ Sur cette jurisprudence, Olivier DE SCHUTTER, « Positive Action » in Dagmar SCHIEK, Lisa WADDINGTON et Marc BELL (eds), *op. cit.*, pp. 757-870. Pour une comparaison de la position de la Cour européenne des droits de l'homme et de celle de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question de l'action positive, cf. Panos KAPOTAS, « A Tale of Two Cities : Positive Action as 'Full Equality' in Luxembourg and Strasbourg », in Kanstantsin DZEHTSIAROU *et al.* (eds), *Human Rights Law in Europe. The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, 2014, pp. 188-214.

¹⁶⁶ *Stec*, précité, § 61.

¹⁶⁷ *Id.*, § 62.

¹⁶⁸ *Id.*, § 64.

¹⁶⁹ Art. 2, § 2 CERD. Cf. aussi article 3 CEFDF.

¹⁷⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18 (1989) : Non-discrimination, § 10.

¹⁷¹ Olivier DE SCHUTTER, « Article 26 », in Emmanuelle DECAUX, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Economica, 2008, pp. 561-593, spéc. pp. 587-588.

¹⁷² Cf. not. *Stec*, précité, § 51 et *D.H. et autres*, précité, § 175.

vulnérable, nécessitant une protection spéciale¹⁷³. Et dans deux arrêts relatifs à des discriminations subies par des enfants roms dans l'accès à l'éducation, dont plusieurs affaires ont révélé le caractère structurel dans certains pays¹⁷⁴, elle déclare que lorsque les membres d'un groupe ont souffert dans le passé de discrimination dans l'éducation dont les effets persistent dans le présent, la réalisation du droit à l'instruction exige la mise en œuvre de mesures positives, notamment pour aider les enfants concernés à suivre le programme scolaire¹⁷⁵. L'absence d'action positive destinée à garantir l'intégration scolaire de ces enfants n'est toutefois pas la cause première de la discrimination constatée dans ces arrêts. C'est avant tout en raison de pratiques conduisant à séparer des enfants roms du reste de la population scolaire qu'elle estime que leur droit d'accéder à l'éducation sur un pied d'égalité avec les autres élèves a été méconnu. Il serait souhaitable que la Cour précise les conditions qui doivent être réunies pour faire naître, sur le fondement de l'article 14 de la Convention, une éventuelle obligation d'adopter des mesures d'action positive.

V. Les critères prohibés de discrimination

A. LES CRITERES DE DISCRIMINATION COUVERTS PAR LA CONVENTION

L'article 14 énumère une série de critères prohibés de discrimination : 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 ou la naissance. L'orientation sexuelle, le handicap ou l'âge, qui figurent à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 19 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, n'y sont en revanche pas mentionnés. Mais la liste de l'article 14 commence par l'adverbe « *notamment* » et se termine par les termes « *ou toute autre situation* ». Comme l'a reconnu la Cour, elle n'est pas exhaustive. Elle « *revêt un caractère indicatif, et non limitatif* »¹⁷⁶. En conséquence, des différences de traitement fondées sur d'autres critères que ceux qui y sont expressément cités, peuvent rentrer dans le champ d'application de l'article 14. La Cour a admis sans difficulté que des motifs reconnus dans d'autres conventions ou instruments internationaux interdisant la discrimination, comme la nationalité¹⁷⁷, l'orientation sexuelle¹⁷⁸, le handicap¹⁷⁹, l'appartenance à un syndicat¹⁸⁰ et l'état de santé, en particulier la séropositivité¹⁸¹, relèvent de cette disposition. Mais elle a également appliqué l'article 14 à des distinctions fondées sur des critères plus conjoncturels, de nature très variable, comme le grade militaire¹⁸², la qualité de locataire d'un bien appartenant à l'Etat plutôt qu'à un propriétaire privé¹⁸³ ou encore le fait d'être un ancien membre du KGB¹⁸⁴.

Une certaine hésitation est perceptible dans la jurisprudence à propos de la notion d' « *autre situation* »¹⁸⁵. Dans certains arrêts, la Cour affirme que cette notion comporte une limite : elle ne viserait que des motifs constituant une « *caractéristique personnelle (« situation ») par laquelle des personnes*

¹⁷³ D.H. et autres, précité, § 182.

¹⁷⁴ Cf. Julie RINGELHEIM, « La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », R.T.D.H., vol. 27, n°105, 2016, pp. 77-96.

¹⁷⁵ CEDH [GC], 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie*, n°15766/03, § 177 et CEDH, 29 janvier 2013, *Horváth et Kiss*, n°11146/11, § 104. Sur cette question, Edouard DUBOUT, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », R.T.D.H., n°84, 2010, pp. 987-1011.

¹⁷⁶ CEDH, 8 juin 1976, *Engle et autres c. Pays-Bas*, n°5100/71 et al., § 72.

¹⁷⁷ *Gaygusuz*, précité, § 41.

¹⁷⁸ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, n°33290/96, § 28 (discrimination dans l'attribution de la garde d'un enfant après divorce).

¹⁷⁹ *Glor*, précité, § 80.

¹⁸⁰ *Danilenkov et autres*, précité.

¹⁸¹ CEDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n°2700/10, § 57.

¹⁸² *Engle et autres*, précité.

¹⁸³ CEDH, 18 février 1999, *Larkos c. Chypre*, n°29515/95.

¹⁸⁴ CEDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, n°55480/00.

¹⁸⁵ Janneke GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 13, n°1, pp. 99-124.

ou groupes de personnes se distinguent les uns des autres. »¹⁸⁶ Dans certains contextes, elle en a déduit que seules les distinctions de traitement fondées sur des caractéristiques innées ou relevant d'un choix fondamental de la personne, comparables aux motifs classiques du sexe, de l'origine ethnique ou raciale ou de la religion, entreraient dans le champ d'application de l'article 14¹⁸⁷. Mais d'autres décisions récusent cette interprétation restrictive. Dans l'arrêt *Clift c. Royaume-Uni*, en particulier, la Cour dit clairement que l'application de l'article 14 n'est pas limitée aux distinctions basées sur une caractéristique personnelle si l'on entend par là un facteur inné ou inhérent à la personne concernée¹⁸⁸. En l'espèce, une distinction entre détenus quant aux modalités d'accès à une libération conditionnelle basée sur la longueur de leur peine est considérée comme rentrant dans le champ d'application de l'article 14¹⁸⁹.

Le caractère non limitatif de la liste des critères prohibés dans l'article 14 a facilité la reconnaissance de la discrimination dite « *par association* », autrement dit la discrimination subie par un individu en raison de ses liens étroits avec une personne présentant une caractéristique protégée. Cette évolution a été favorisée par l'exemple de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹⁰. A propos du cas d'un père disant avoir subi un traitement défavorable en raison du handicap de son enfant, la Cour déclare que les termes « *autre situation* » ne visent pas uniquement les caractéristiques « *personnelles* » au sens d'innées ou inhérentes à la personne du requérant¹⁹¹. Un traitement moins favorable appliqué à un individu en raison du handicap de son enfant, dont il a la charge, peut constituer une discrimination basée sur le handicap, couverte par l'article 14¹⁹².

La souplesse autorisée par l'article 14 dans l'appréhension des critères de discrimination pourrait également faciliter la prise en compte des discriminations dites *multiples* ou *intersectionnelles*¹⁹³. On vise par là les cas où une personne se voit discriminée pour des raisons tenant à une combinaison de *plusieurs* critères de discrimination, par exemple, le fait d'être une femme noire ou une personne handicapée d'origine étrangère¹⁹⁴. On relève un cas dans lequel la Cour a conclu à une discrimination fondée sur la combinaison de deux motifs de discrimination. Le requérant dénonçait le système électoral en vigueur pour les élections présidentielles de l'Etat de Bosnie-Herzégovine. Afin d'assurer que la présidence soit composée de trois membres appartenant chacun à l'un des « *peuples constituants* » du pays, le système prévoyait que les membres bosniaque et croate seraient élus dans le territoire de la Fédération de Bosnie-Herzégovine tandis que le membre serbe devait être élu au sein de la Republika Srpska, troisième entité du pays. Le requérant, qui se disait bosniaque et résidait dans la Republika Srpska, ne pouvait dès lors être candidat aux élections présidentielles. La Cour souligne que l'exclusion dont il fait l'objet repose sur la combinaison de son origine ethnique et de son lieu de résidence. Elle juge cette situation discriminatoire¹⁹⁵. Il est rare, toutefois, que la Cour procède à ce type d'analyse.

¹⁸⁶ CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, n°5095/71 et s., § 56. Cf. aussi CEDH, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, n°28135/95, § 50 et CEDH [GC], 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n°42184/05, §§ 70-71.

¹⁸⁷ Par exemple, CEDH, déc., 27 avril 2010, *Springett et autres c. Royaume-Uni*, n°34726/04 et al. (distinction basée sur la date d'émigration) et CEDH, déc., 10 septembre 2011, *Peterka c. République tchèque*, n° 21990/08 (distinction basée sur le type de contrat de travail).

¹⁸⁸ *Clift*, précité, §§ 58-59.

¹⁸⁹ Cf. aussi CEDH, 15 décembre 2015, *Fabian c. Hongrie*, n°78117/13, § 27 (distinction entre retraités selon qu'ils continuent ou non à occuper un emploi dans la fonction publique). Sur cette question, cf. Janneke GERARDS, « The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 13, No. 1, pp. 99-124.

¹⁹⁰ CJ, C-303/06, *S. Coleman v Attridge Law and Steve Law*, 17 juillet 2008, § 56 (discrimination subie par une femme en raison du handicap de son enfant) ; CJ, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, 16 juillet 2015, § 56 (discrimination subie par une femme du fait qu'elle réside dans un quartier majoritairement habité par des Roms).

¹⁹¹ *Guberina*, précité, § 78.

¹⁹² *Id.*, § 79.

¹⁹³ En ce sens, Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, « Multidimensional Equality from within: Themes from the European Convention on Human Rights » in D. Schiek and V. Chege (eds), *European Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, London and New York, 2009, pp. 53-89.

¹⁹⁴ Sur cette notion, Sandra FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, European Commission, DG Justice and Consumers, May 2016.

¹⁹⁵ CEDH, 9 juin 2016, *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, n°41939/07, § 48. La Cour, dans cette affaire, examine les faits sur la base de l'article 1 du Protocole n°12, dont elle constate la violation. Le texte du Protocole n'étant, pour ce qui est de l'énoncé

Dans l'affaire *Di Trizio c. Suisse*, précitée, la requérante se disait victime d'une discrimination fondée à la fois sur le handicap et sur le sexe. Mais la Cour a préféré examiner l'allégation de discrimination uniquement sous l'angle du sexe, jugeant inutile de déterminer si les faits révélaient également une discrimination fondée sur le handicap¹⁹⁶.

B. UNE PROTECTION RENFORCEE POUR CERTAINS CRITERES

Si la Cour accepte d'examiner sous l'angle de l'article 14 des allégations de discrimination basée sur de nombreux facteurs, certains critères suscitent un contrôle plus intense que d'autres. Lorsque ces critères sont en jeu, la Cour considère que le risque de discrimination est particulièrement élevé. L'Etat ne disposera en principe que d'une marge d'appréciation réduite et devra faire état de raisons impérieuses pour justifier la mesure dénoncée.

C'est d'abord dans le cas du sexe que ce principe a été affirmé. Dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, elle déclare que « la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe »¹⁹⁷. Par la suite, une position analogue a été adoptée à propos des différences de traitement entre enfants selon qu'ils sont nés dans ou hors mariage¹⁹⁸. La Cour se montre particulièrement stricte lorsqu'une distinction liée à la « race » ou l'origine ethnique est en cause : « aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle »¹⁹⁹. Elle définit la discrimination fondée sur l'« origine ethnique » comme une forme de discrimination raciale²⁰⁰, laquelle exige « une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités »²⁰¹. La Cour a également établi que des raisons impérieuses devaient être fournies pour justifier une distinction de traitement fondée sur la nationalité (arrêt *Gaygusuz* du 16 septembre 1996)²⁰², sur l'orientation sexuelle (arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008)²⁰³ et sur le handicap (arrêt *Glor* du 30 avril 2009)²⁰⁴.

L'appartenance religieuse semble aussi compter parmi ces critères suspects puisque la Cour a déclaré qu'« on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion. »²⁰⁵ Cette affirmation apparaît dans des affaires où était en cause la décision d'un tribunal de refuser d'attribuer à l'un des parents la garde de ses enfants après divorce au seul motif qu'il ou elle adhérerait à une certaine religion²⁰⁶. La Cour juge en revanche qu'une mesure analogue peut être justifiée dans le cas où elle est motivée, non par la seule identité confessionnelle d'un individu, mais par ses *pratiques religieuses concrètes*, lorsqu'il existe des preuves tangibles que ces pratiques ont un impact négatif sur ses enfants²⁰⁷.

des motifs prohibés de discrimination, pas différent de l'article 14 de la Convention, cet aspect de l'arrêt est également pertinent pour l'analyse de l'article 14.

¹⁹⁶ *Di Trizio*, précité, § 67.

¹⁹⁷ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précité, § 78.

¹⁹⁸ *Inze*, précité, § 41. Cf. aussi *Pla et Puncernau*, § 61 ; CEDH, 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n°28369/95, § 38 ; *Fabris*, précité, § 59.

¹⁹⁹ *Timichev*, précité, § 58.

²⁰⁰ *Id.*, § 56. La Cour se réfère à la définition de la CERD.

²⁰¹ *Id.*, § 44.

²⁰² *Gaygusuz*, précité, § 42.

²⁰³ *E.B.*, précité, § 91.

²⁰⁴ *Glor*, précité, § 84 (handicap physique). Cf. aussi CEDH, 20 mai 2010, *Alajos Kiss c. Hongrie*, n°38832/06, § 42 (handicap mental).

²⁰⁵ CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n°12875/87, § 36.

²⁰⁶ *Id.* Cf. aussi CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*, n°64927/01.

²⁰⁷ En ce sens, CEDH, 16 mai 2006, *Deschomets c. France* (déc.), n° 31956/02 et CEDH, 29 novembre 2007, *Ismailova c. Russie*, n° 37614/02, § 59. Par ailleurs, dans sa jurisprudence relative aux différences de statut juridique pouvant exister entre groupes religieux dans le droit d'un Etat, la Cour a reconnu aux autorités nationales une large marge d'appréciation. Cf. CEDH, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et autres c. Hongrie*, n° 70945/11 et al., 8 avril 2014, § 108.

La Cour a progressivement explicité les raisons qui la conduisent à conférer à certains critères un statut à part, se traduisant par une marge d'appréciation réduite et l'exigence d'un standard de justification particulièrement élevé. Ce raisonnement entre en jeu lorsqu'une restriction aux droits fondamentaux « s'applique à des groupes particulièrement vulnérables de la société, qui ont souffert d'une discrimination considérable par le passé ». Il se justifie « par les traitements défavorables aux conséquences durables dont ces groupes ont fait l'objet et qui ont abouti à leur exclusion de la société. »²⁰⁸

Conclusion

Malgré la formulation restrictive de l'article 14 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme, grâce à une jurisprudence dynamique, a progressivement conféré une large ampleur à la norme de non-discrimination consacrée par cette disposition. Elle a interprété avec une souplesse croissante le lien exigé entre la discrimination alléguée et la jouissance d'un droit garanti par la Convention ou ses Protocoles, atténuant la limite résultant de son caractère accessoire. Après s'en être longtemps tenue à une définition restreinte de la discrimination, conçue comme consistant en l'application, sans justification objective et raisonnable, d'un traitement distinct à des personnes placées dans des situations analogues, elle a admis, à partir de 2000, que ce cas de figure n'épuisait pas la notion de discrimination. Tenant compte des évolutions survenues dans d'autres ordres juridiques, en particulier le droit de l'Union européenne et le droit des Nations Unies, la Cour a reconnu qu'il pouvait aussi y avoir discrimination dans d'autres hypothèses : lorsqu'une mesure *a priori* neutre a un impact négatif disproportionné ou est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour un groupe de personnes à raison d'un critère interdit – c'est la notion de discrimination indirecte ; lorsque des personnes placées dans des situations distinctes se voient appliquer un traitement identique sans justification objective et raisonnable ; lorsqu'une personne souffrant d'un handicap se voit refuser un aménagement raisonnable. La Cour a également établi que les Etats avaient l'obligation positive de garantir une protection réelle et effective contre la discrimination commise par des particuliers dans les domaines relevant de la Convention. Par ailleurs, en cas de violences policières ou de crime commis par une personne privée dont certains éléments indiquent qu'ils pourraient être motivés par la haine raciale, les autorités nationales sont tenues de mener une enquête effective sur l'existence éventuelle d'un mobile raciste. Plus largement, les Etats ont l'obligation positive, en vertu de l'article 14, de combattre et sanctionner les crimes motivés par la haine à l'encontre d'un groupe en raison de son origine ethnique, de sa religion ou de son orientation sexuelle, de même que les violences domestiques envers les femmes. Pour ce qui est des discours de haine à caractère raciste, la Cour a identifié sur la base de l'article 8 un devoir, pour l'Etat, d'assurer aux victimes une protection et des recours appropriés.

Le grand nombre de critères de discrimination énumérés à l'article 14 et le caractère non limitatif de cette liste ont facilité ces développements en permettant l'application de cette disposition à des situations très variées, en ce compris des cas mettant en jeu des motifs non mentionnés dans cette liste, tels l'orientation sexuelle, le handicap ou l'état de santé. La Cour a toutefois dégagé une distinction importante parmi les critères potentiels de discrimination, qui éclaire les préoccupations sous-jacentes à la norme de l'article 14 : lorsqu'est en jeu une restriction aux droits fondamentaux imposée à des groupes particulièrement vulnérables, victimes par le passé de stigmatisation, d'exclusion ou de domination dont les effets persistent dans le présent, la marge d'appréciation de l'Etat sera réduite et un haut degré de justification exigé pour échapper à l'accusation de discrimination. Il en va ainsi lorsque sont en cause les critères du sexe, de l'origine raciale ou ethnique, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, du handicap ou de la naissance dans ou hors mariage. Dans les autres cas de figure, la norme de l'article 14, telle qu'appliquée par la Cour, correspond à l'exigence selon laquelle toute décision de traiter certains individus moins favorablement que d'autres doit répondre à une justification rationnelle et équitable ; autrement dit, elle garantit une protection contre l'arbitraire²⁰⁹.

²⁰⁸ Kiyutin, précité, § 63.

²⁰⁹ Cf. Janneke GERARDS, *op. cit.*, pp. 113-122.

Des incertitudes et des interrogations demeurent. La position de la Cour sur la question de savoir si l'article 14 impose, et si oui, dans quelles circonstances, une obligation d'adopter des mesures d'action positive, reste floue. Les obligations de l'Etat en ce qui concerne les discriminations commises par des personnes privées sont encore peu développées dans la jurisprudence. L'articulation conceptuelle des notions de discrimination indirecte, de discrimination résultant d'un traitement identique de situations distinctes et d'obligation d'aménagement raisonnable, mériterait d'être clarifiée. Enfin, dans les affaires de violences infligées par des policiers, la question des modalités et de l'intensité de la preuve à fournir pour établir, le cas échéant, le caractère discriminatoire des faits, reste sujette à discussion.