

Chapitre 1 : L'interdiction des discriminations

Introduction*

L'égalité et l'interdiction des discriminations découlent de l'idée de *justice*, tout comme l'interdiction de l'arbitraire. L'égalité revêt une importance fondamentale dans toute société démocratique. Théorisée par Aristote, sa consécration en droit positif remonte cependant aux révolutions bourgeoises des XVIII^e et XIX^e siècles. Elle apparaît en particulier à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

L'égalité, en tant que garantie générale, est aujourd'hui présente, au moins implicitement, dans la constitution de tout Etat démocratique. Elle apparaît aussi dans quelques instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en particulier aux articles 1^{er} DUDH, 26 Pacte II, 24 CADH et 3 CADHP.

Forme spécifique de l'égalité, l'interdiction des discriminations occupe une place importante en droit international des droits de l'homme, qu'elle protège l'ensemble des personnes ou seulement certaines catégories de celles-ci. Elle constitue à la fois un droit justiciable comportant diverses facettes et une valeur essentielle sous-jacente à de nombreux droits de l'homme. Elle entretient en outre des liens très étroits avec la dignité humaine. L'interdiction des discriminations est ainsi une notion complexe (I) qui trouve sa source dans de nombreux instruments de protection des droits de l'homme, lesquels soulèvent la question de son indépendance par rapport aux autres droits garantis (II). Sa portée est vaste, même si plusieurs limites font qu'elle ne répond sans doute pas à toutes les attentes qu'elle génère (III). Elle soulève enfin plusieurs enjeux procéduraux (IV) qui contribuent à faire d'elle une garantie fortement liée à la réalité sociale ainsi qu'à l'évolution de celle-ci.

* L'auteur tient à remercier M^{me} Manon Joseph, assistante diplômée à l'Université de Lausanne, de ses recherches bibliographiques et de sa relecture du manuscrit.

I. La notion

A. Les composantes

1. Les critères de discrimination

1.1 *Les listes non exhaustives*

Telle qu'elle est garantie, l'interdiction des discriminations se rapporte à des critères généralement énumérés dans une liste non exhaustive. Ces critères correspondent à des caractéristiques personnelles dont il est cependant erroné de prétendre qu'elles ne peuvent être changées. En effet, certaines caractéristiques ne sont pas immuables, telles que la langue, la religion ou le mode de vie. Cependant, les autorités étatiques et, plus largement, les détenteurs de la puissance publique ne sauraient exiger d'une personne qu'elle change l'une de ses caractéristiques. Là réside l'élément décisif.

La plupart des critères sont communs aux différentes interdictions conventionnelles des discriminations : « la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »¹. S'y ajoutent l'appartenance à une minorité nationale², l'ethnie³ ou le handicap physique ou mental⁴. Les textes plus récents tiennent compte d'autres critères encore, tels que l'âge, l'orientation sexuelle ou les caractéristiques génétiques⁵. La nationalité peut également donner lieu à des discriminations⁶, même si elle fonde de nombreuses distinctions admissibles. L'aspect physique et l'état de santé par exemple, voire la situation économique ou sociale, sont probablement appelés à enrichir, à l'avenir, la liste qui précède.

Les listes conventionnelles mentionnant les principaux critères de discrimination ne sont généralement pas exhaustives, ce qu'expriment l'adverbe « notamment » ou les mots « toute autre situation ». La jurisprudence joue un rôle important à cet égard, particulièrement lorsque ces listes sont anciennes. Elle les complète, à droit constant, en fonction de l'évolution des enjeux en matière de discrimination. Une révision des textes conventionnels est au demeurant aussi possible.

1.2 *Les distinctions ou les assimilations*

L'interdiction des discriminations vise en premier lieu les *distinctions* fondées sur des critères sensibles. Plusieurs textes conventionnels utilisent du reste le terme de « distinc-

¹ Article 2 (1) Pacte I; articles 2 (2) et 26 Pacte II; article 14 CEDH; article 1^{er} (1) CADH; article 2 CADHP; article 21 (1) CDFUE; article 3 (a) CArDH rév.; voir aussi article 2 (1) DUDH.

² Article 14 CEDH; article 21 (1) CDFUE.

³ Article 2 CADHP.

⁴ Article 3 (a) CArDH; article 21 (1) CDFUE.

⁵ Article 21 (1) CDFUE.

⁶ Voir article 21 (2) CDFUE.

tion»⁷. Distinguer ne signifie cependant pas discriminer. En effet, l'emploi de tels critères est considéré comme admissible s'il est valablement justifié, auquel cas les distinctions ne sont pas, à proprement parler, discriminatoires. Aussi l'interdiction des discriminations n'est-elle pas violée dans cette hypothèse.

L'interdiction des discriminations permet également de contester des *assimilations* qui méconnaissent, ignorent ou nient des distinctions pertinentes reposant sur des critères sensibles. Ceux-ci commandent, en d'autres termes, d'opérer des distinctions. Ici aussi, assimiler n'équivaut pas à discriminer, une justification demeurant possible.

Les exemples jurisprudentiels concernant des assimilations sont plus rares. Une bonne illustration est néanmoins donnée par l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* de la Cour européenne des droits de l'homme⁸. Cet arrêt concernait l'accès à la profession d'expert-comptable en Grèce, qui fut dénié à M. Thlimmenos au motif qu'il avait été condamné dans le passé pour insubordination en raison de son refus, fondé sur ses convictions religieuses, de porter l'uniforme à une époque de mobilisation générale. La Cour y a vu une discrimination, en considérant que «le refus de traiter le requérant différemment des autres personnes reconnues coupables d'un crime n'avait aucune justification objective et raisonnable»⁹. La législation grecque et son application étaient en somme insuffisamment différenciées.

1.3 *La comparaison et la question de la comparabilité*

A l'instar de l'égalité, l'interdiction des discriminations offre une protection aux particuliers lorsqu'une personne s'estimant victime d'une discrimination établit un point de comparaison. La comparaison porte sur les situations dans lesquelles se trouvent les personnes qui se distinguent par le critère sensible en cause, puis sur le traitement – différent ou identique – qui leur est réservé¹⁰.

L'application de l'interdiction des discriminations est généralement admise dans les cas où des distinctions directement fondées sur un critère sensible sont en jeu. La comparabilité des situations des personnes appartenant aux différents groupes que le critère distingue est ainsi présumée¹¹. A titre d'illustration, une règle donnant, lors du recrutement dans une administration, la préférence aux personnes maîtrisant une langue officielle

⁷ Article 2 (1) DUDH; article 2 (2) Pacte II; article 14 CEDH; article 1^{er} (1) CADH; article 2 CADHP; article 3 (a) CARDH rév.

⁸ Cour EDH, *Thlimmenos c. Grèce* (GC), n° 34369/97, 6 avril 2000, Rec. 2000-IV.

⁹ *Thlimmenos c. Grèce* (note 8), § 47.

¹⁰ Voir CHRISTOPH GRABENWARTER, KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 5^e éd., Munich 2012, p. 523, n° 6.

¹¹ Voir VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich 2003, p. 40–44; JANNEKE GERARDS, The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* 2013, 99–124, p. 115. La Cour européenne des droits de l'homme se dispense souvent d'examiner la comparabilité des situations qui lui sont soumises (voir SAMANTHA BESSON, Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe, *The American Journal of Comparative Law* 2012, 147–180, p. 164 s.).

déterminée doit être justifiée afin de vérifier qu'elle ne discrimine pas les locuteurs des autres langues officielles. Les tribunaux se dispenseront, à juste titre, d'examiner le caractère « comparable » des différentes langues officielles. Il n'en découle pas pour autant une symétrie complète lors de l'analyse. Ainsi, une distinction peut, par exemple, être justifiée parce qu'elle bénéficie à une minorité ou un groupe social traditionnellement discriminé, alors qu'elle ne reposerait pas sur une justification suffisante si elle bénéficiait à la majorité ou à un groupe traditionnellement avantagé. Une asymétrie est, de ce point de vue, envisageable et même admissible, étant noté qu'elle concerne plutôt la question de la justification que celle de l'applicabilité même de l'interdiction des discriminations.

Pour certaines distinctions, en revanche, et pour la plupart des assimilations, la comparabilité n'est pas d'emblée évidente, si bien que cette question ne saurait être éludée. La Cour européenne des droits de l'homme l'examine attentivement dans quelques arrêts. Ainsi s'est-elle demandé si la situation d'un couple homosexuel formé par deux femmes, l'une souhaitant adopter le fils de l'autre, était comparable à celle d'un couple marié dont l'un des membres aimerait adopter l'enfant de l'autre¹². Elle a jugé que ces situations n'étaient pas comparables, en droit autrichien à tout le moins. Elle a néanmoins poursuivi sa réflexion en comparant la situation du couple homosexuel à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre, pour parvenir à la conclusion que le droit autrichien était discriminatoire sur ce point¹³.

2. Le désavantage

Les distinctions reposant sur des critères sensibles ainsi que les assimilations méconnaissant, ignorant ou niant l'existence de tels critères doivent engendrer un *désavantage* pour les personnes qui s'estiment discriminées, l'effet – et non l'intention – étant décisif¹⁴. Tout type de désavantage entre *a priori* en ligne de compte. Certains seront intimement liés à la personne et se rapporteront, par exemple, au nom ou à la vocation successorale de celle-ci. D'autres porteront sur la situation patrimoniale d'un individu. D'autres enfin, sans que la liste ne soit exhaustive, se rapporteront au simple signal négatif véhiculé par une règle de droit ou une pratique des autorités à l'encontre d'un groupe de personnes. Ainsi, le dénigrement, la dépréciation, l'abaissement ou l'exclusion d'un individu ou d'un groupe d'individus suffisent à établir un désavantage.

A titre d'illustration, une règle astreignant uniquement les hommes au service militaire discrimine également les femmes, certes sur un plan différent de celui relatif aux hommes. En effet, par son caractère général, une telle règle est, à certains égards, dépréciative pour les femmes et renvoie à une répartition traditionnelle – pour ne pas dire archaïque – des rôles.

¹² Cour EDH, *X. et autres c. Autriche* (GC), n° 19010/07, 19 février 2013, § 105–110.

¹³ *X. et autres c. Autriche* (note 12), § 111–153.

¹⁴ Voir notamment VÉRONIQUE BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle 2010, p. 110–112; WALTER KÄLIN, JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3^e éd., Bâle 2013, p. 403.

En revanche, ni la dépréciation ni l'abaissement d'une personne ou d'un groupe de personnes ne constituent, à eux seuls, des éléments constitutifs de l'interdiction des discriminations¹⁵. D'une part, le fardeau serait trop lourd pour une personne si elle devait établir le caractère dépréciatif du désavantage dont elle se plaint. Ainsi, un désavantage patrimonial ne déprécie pas nécessairement, à proprement parler en tout cas, les personnes qui en sont victimes. D'autre part, la jurisprudence, notamment du Comité des droits de l'homme, de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne, n'exige pas qu'une dépréciation ou un abaissement soit rendu vraisemblable, *a fortiori* qu'il soit démontré.

3. L'absence de justification

Les autorités étatiques et les autres entités publiques, voire privées, auxquelles une discrimination est reprochée gardent la possibilité de justifier les distinctions ou assimilations contestées. Une telle justification ne saurait aller à l'encontre de la dignité humaine et doit poursuivre un but légitime ainsi que respecter le principe de la proportionnalité¹⁶. A titre d'exemple, un corps de police n'est pas autorisé à refuser d'engager des membres de minorités raciales au motif que l'autorité de ceux-ci est plus souvent contestée par la population, même si des études statistiques attestent précisément ce dernier point.

Certains critères hautement sensibles, comme ceux de la race – notion critiquée dans son principe, mais qui relève aujourd'hui encore du droit positif –, de la couleur de la peau ou du sexe, sont très difficiles à manier, si bien qu'ils requièrent un examen particulièrement attentif non seulement lors de leur utilisation, mais aussi lors du contrôle judiciaire de celle-ci. Les tribunaux ne doivent s'imposer pratiquement aucune retenue lors de l'examen qu'ils effectuent. L'emploi de tels critères n'est pas pour autant exclu, notamment lorsqu'il s'agit d'adopter des mesures positives en faveur de groupes sociaux sous-représentés au sein d'une administration ou d'une institution d'enseignement¹⁷.

D'autres critères, notamment celui de l'âge, paraissent offrir une plus grande marge de manœuvre aux autorités étatiques et autres détenteurs de la puissance publique¹⁸. La prudence est néanmoins de mise sur ce point également. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dénote une volonté d'assurer une pleine effectivité à l'interdiction des discriminations fondées sur le critère de l'âge¹⁹.

¹⁵ Voir spécialement MARTENET (note 11), p. 48–54 et les références.

¹⁶ Voir notamment CDESC, Observation générale n° 20 (2009), § 13; FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^e éd., Paris 2012, p. 301–306; KÄLIN, KÜNZLI (note 14), p. 403 s.

¹⁷ Voir ci-dessous, III.B.

¹⁸ Voir notamment, s'agissant de l'Union européenne, l'article 6 (Justification des différences de traitement fondées sur l'âge) de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO L 303 du 2 décembre 2000, p. 16–22; « directive 2000/78/CE »).

¹⁹ CJUE, *Küçükdeveci c. Swedex* (GC), C-555/07, 19 janvier 2010, Rec. 2010 I-00365, § 40–43.

B. Quelques types de discriminations

1. Les discriminations directes

Les discriminations directes correspondent avant tout aux distinctions qui reposent sur un critère visé explicitement ou implicitement par l'interdiction et qui ne sont pas justifiées de manière admissible. Le critère sert, en d'autres termes, directement de base à la distinction. Ainsi, une règle prévoyant que le mari donne son nom à la famille constitue une discrimination directe. Le harcèlement, notamment sexuel ou psychologique, est souvent considéré comme une forme spécifique de discrimination²⁰.

Des assimilations donnent aussi lieu à de telles discriminations lorsqu'elles méconnaissent, ignorent ou nient des distinctions reposant sur des critères sensibles, en particulier lorsqu'elles sont basées sur les seules caractéristiques du groupe social dominant ou majoritaire.

A titre d'illustration, l'accès à un corps de police est parfois conditionné par des exigences de taille. Celles-ci, critiquables au demeurant dans leur principe, ne sauraient être identiques pour les hommes et les femmes. Il s'agit bel et bien d'une discrimination directe et non pas indirecte. En effet, la règle est elle-même viciée.

2. Les discriminations indirectes

Les discriminations indirectes se rapportent à des règles, mesures ou pratiques apparemment neutres dont l'impact s'avère toutefois discriminatoire pour un groupe social délimité par un critère sensible, par exemple les femmes ou une minorité raciale, ethnique, religieuse ou linguistique²¹. Cet impact est déterminant, étant précisé qu'une règle ou une pratique entraînant un désavantage pour un tel groupe peuvent être justifiées dans le respect de la dignité humaine et du principe de la proportionnalité.

Les règles ou les pratiques ne sont pas, à elles seules, viciées dans la mesure où leur impact peut varier en fonction de l'évolution de la société. Ainsi, une règle réservant des cours de formation continue aux employés à plein temps d'une administration sera en principe discriminatoire si la proportion d'employés masculins travaillant à temps complet est sensiblement plus élevée que celle d'employés féminins. Elle cessera de l'être si les deux proportions deviennent équivalentes.

²⁰ Voir, concernant l'Union européenne, article 2 (3) de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000 (JO L 180 du 19 juillet 2000, p. 22–26; « directive 2000/43/CE »); article 2 (3) de la directive 2000/78/CE; article 2 (1) lettres c et d de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006 (JO L 204 du 26 juillet 2006, p. 23–36; « directive 2006/54/CE »). S'agissant de la jurisprudence des organes du Conseil de l'Europe, voir BESSON (note 11), p. 177 s.

²¹ Voir notamment CDESC (note 16), § 10b; Cour EDH, *Hoogendijk c. Pays-Bas*, n° 58641/00, 6 janvier 2005 (déc.).

3. Les discriminations multiples

Les discriminations multiples se fondent sur plusieurs critères. Elles frapperont, par exemple, une femme handicapée appartenant à une minorité. Elles commandent généralement une attention spéciale des autorités étatiques²² et, lorsqu'elles relèvent des faits, sont tout particulièrement susceptibles de justifier des mesures spéciales, y compris de nature positive. Elles rendent indispensable une approche globale, basée sur la réalité sociale, en matière de lutte contre les discriminations.

4. Les discriminations à rebours

Les discriminations à rebours se rapportent avant tout au critère de la nationalité. Les discriminations reposant sur celle-ci frappent généralement les personnes de l'extérieur, c'est-à-dire des ressortissants étrangers. Il arrive néanmoins que les ressortissants de l'Etat concerné soient moins bien traités par celui-ci que des ressortissants étrangers. Une telle situation reflète éventuellement une discrimination à rebours.

Le droit international des droits de l'homme s'intéresse en principe peu aux discriminations à rebours²³. Il appartient avant tout au droit interne de régler de telles situations. Il n'est cependant pas exclu que le ressortissant d'un Etat qui s'estime discriminé par celui-ci lorsqu'il compare sa situation à celle de ressortissants étrangers se prévale de l'interdiction des discriminations garantie par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Les arrêts en la matière sont cependant extrêmement rares, pour ne pas dire inexistantes. Dans l'Union européenne, la Cour de justice a déjà admis d'interpréter le droit européen de façon à éviter une discrimination à rebours²⁴.

II. Les sources et la question de l'indépendance

A. Au niveau des Nations Unies

1. Les instruments généraux

Les deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme interdisent de manière générale les discriminations en lien avec les droits qu'ils énoncent²⁵. Ces garanties sont dépourvues d'indépendance en ce qu'elles trouvent application dans le champ de protection des autres droits de l'homme. Elles bénéficient néanmoins à l'ensemble des individus

²² Voir notamment CDESC (note 16), § 17.

²³ Voir notamment THOMAS COTTIER, MATTHIAS OESCH, Direct and indirect discrimination in WTO and EU law, in: Sanford E. Gaines, Birgitte Egelund Olsen, Karsten Engsig Sørensen (éd.), *Liberalising Trade in the EU and the WTO – A Legal Comparison*, Cambridge 2012, 141–175, p. 150.

²⁴ Voir, à propos d'obligations imposées aux avocats, CJUE, *Jakubowska c. Maneggia*, C-225/09, 2 décembre 2010, Rec. 2010 I-12329, § 62–64.

²⁵ Article 2 (1) Pacte I; article 2 (2) Pacte II.

et non pas à certaines catégories de ceux-ci. En ce sens, elles offrent une protection générale.

L'article 26 Pacte II participe d'une approche différente puisqu'il interdit les discriminations indépendamment des autres droits qu'il garantit. Sa portée est dès lors indépendante²⁶, à moins qu'un Etat n'ait émis une réserve ou déclaration à son endroit. Tel est notamment le cas de la Suisse qui a limité son engagement au titre de l'article 26 Pacte II de cette manière²⁷ : « L'égalité de toutes les personnes devant la loi et leur droit à une égale protection de la loi sans discrimination ne seront garantis qu'en liaison avec d'autres droits contenus dans le présent Pacte. »

2. Les instruments spécifiques

Les Pactes des Nations Unies sont complétés par deux conventions sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, pour l'une, et à l'égard des femmes, pour l'autre. La Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, ainsi que celle relative aux droits des personnes handicapées, du 13 décembre 2006, contribuent également à la lutte contre les discriminations²⁸.

Ces conventions ont pour caractéristique commune de viser certaines formes de discriminations. Elles offrent une protection plus complète que les Pactes des Nations Unies et s'inscrivent dans une perspective de complémentarité par rapport à ces derniers. Certaines des garanties qu'elles contiennent sont indépendantes et directement applicables, d'autres nécessitent une mise en œuvre par les législateurs nationaux.

B. Au niveau régional hors de l'Europe

Dans les instruments régionaux de protection des droits de l'homme, l'interdiction des discriminations est protégée en lien avec les autres droits fondamentaux que ces textes garantissent²⁹. Certains instruments régionaux dépassent ce minimum en interdisant plus largement les discriminations, soit en garantissant à toute personne un « droit à une protection de la loi, sans discrimination d'aucune sorte »³⁰, soit en garantissant une « totale égalité devant la loi » ainsi qu'une « égale protection de la loi »³¹. Un effet horizontal est plus rarement conféré à l'interdiction des discriminations³². L'égalité des peuples est aussi parfois proclamée³³.

²⁶ CDH, Observation générale n° 18 (1989), § 12.

²⁷ RS 0.103.2 *in fine*.

²⁸ Article 2 (2) CDE ; articles 4 (1) et 5 CDPH.

²⁹ Articles 1^{er} (1) et 17 (2) CADH ; article 2 CADHP ; article 3 (a) et (b) CArDH rév.

³⁰ Article 24 CADH.

³¹ Articles 2 ainsi que 13 (3) et 15 CADHP ; article 11 CArDH rév.

³² Article 28 CADHP.

³³ Article 18 CADHP.

C. Au niveau européen

1. Le Conseil de l'Europe

L'article 14 CEDH interdit les discriminations dans la jouissance des droits et libertés que cette convention reconnaît. Il dépend, par conséquent, de ces autres droits ou libertés, en ce qu'il ne peut être invoqué seul, sous peine d'irrecevabilité. Son autonomie est en revanche admise par la Cour européenne des droits de l'homme, puisqu'il suffit que les faits litigieux tombent sous l'empire d'un autre droit ou d'une autre liberté³⁴. Aussi n'est-il pas nécessaire d'établir une violation de ce droit ou de cette liberté.

Le Protocole n° 12 à la CEDH pose, quant à lui, une interdiction générale de la discrimination. La dépendance par rapport aux autres droits et libertés est ainsi supprimée. Il est cependant trop tôt pour effectuer un bilan de l'application de ce protocole, étant précisé qu'il continue à susciter des réticences de la part de nombreux Etats³⁵.

La Charte sociale européenne révisée interdit aussi les discriminations en lien avec la jouissance des droits qu'elle reconnaît³⁶. Elle garantit, plus spécifiquement, le droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe³⁷. La pratique du Comité européen des droits sociaux gagne en importance pour ce qui concerne l'interdiction des discriminations, laquelle en est devenue un fil conducteur important. Enfin, la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales protège celles-ci contre les discriminations³⁸.

2. L'Union européenne

Dans l'Union européenne, l'interdiction des discriminations occupe une place importante, tant dans le droit primaire que dans le droit dérivé. Dans la Charte des droits fondamentaux, un titre complet porte sur l'égalité³⁹. L'interdiction de la discrimination y est consacrée de manière indépendante⁴⁰. La non-discrimination apparaît aussi dans l'article du Traité sur l'Union européenne énonçant les valeurs fondamentales de celle-ci⁴¹ et la lutte contre les discriminations fait partie des buts de l'Union⁴². L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité est par ailleurs largement garantie dans le domaine d'application des traités⁴³.

³⁴ Cour EDH, *X. et autres c. Autriche* (note 12), § 94 et les références jurisprudentielles.

³⁵ JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris 2012, p. 181 s.

³⁶ Article E CSE rév.

³⁷ Article 20 CSE rév.

³⁸ Voir notamment article 4 (1) CCPM.

³⁹ Titre III (articles 20–26) CDFUE.

⁴⁰ Article 21 CDFUE.

⁴¹ Article 2 TUE.

⁴² Article 3 (3) TUE; voir aussi articles 8, 10 et 19 TFUE.

⁴³ Article 21 (2) CDFUE; articles 18, 37 et 45 TFUE.

L'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur est expressément protégée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁴. L'égalité est pourvue sur ce point d'un effet horizontal direct, si bien qu'elle peut être invoquée à l'encontre d'un employeur privé.

Diverses directives traitent de l'interdiction des discriminations. Trois d'entre elles revêtent une importance pratique considérable, à savoir celle relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁴⁵, celle portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁴⁶ ainsi que celle 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 travail⁴⁷. Ces directives visent tant les discriminations directes que les discriminations indirectes⁴⁸ et s'appliquent aussi bien au secteur public qu'au secteur privé⁴⁹. Ce dernier point représente une avancée très intéressante dans la mesure où des discriminations peuvent émaner de l'un comme de l'autre. Les directives imposent, à juste titre, aux Etats de lutter contre les discriminations dans ces deux secteurs.

III. La portée de l'interdiction

A. Le droit et son application

L'interdiction des discriminations porte traditionnellement sur les règles de droit elles-mêmes et sur leur application. L'Etat, sous toutes ses formes, ainsi que, plus généralement, les entités publiques ou privées qui accomplissent des tâches étatiques sont tenus de la respecter, de la protéger et de la mettre en œuvre. L'interdiction résultant des instruments généraux bénéficie aux personnes physiques – et non pas seulement celles qui appartiennent à des groupes traditionnellement discriminés⁵⁰ – ainsi qu'aux personnes morales de droit privé, voire de droit public indépendantes de l'Etat⁵¹.

L'interdiction faite à l'Etat de discriminer ne correspond qu'à une lutte partielle contre les discriminations. D'une part, des discriminations, structurelles pour certaines d'entre elles, subsistent *de facto* dans la société, sans que ni le droit ni son application ne soient

⁴⁴ Article 157 TFUE.

⁴⁵ Directive 2000/43/CE.

⁴⁶ Directive 2000/78/CE.

⁴⁷ Directive 2006/54/CE.

⁴⁸ Article 2 (2) de la directive 2000/43/CE ; article 2 (2) de la directive 2000/78/CE ; articles 2 (1), 4, 5, 9 et 14 de la directive 2006/54/CE.

⁴⁹ Article 3 (1) *in initio* de la directive 2000/43/CE ; article 3 (1) de la directive 2000/78/CE ; article 14 (1) de la directive 2006/54/CE.

⁵⁰ Voir spécialement MARTENET (note 11), p. 46 s.

⁵¹ Voir, à propos de la CEDH, FRÉDÉRIC EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2010, p. 14 s. et les références.

en cause. Se pose alors la question d'une éventuelle action de l'Etat, notamment sous la forme de mesures positives, en vue de résorber de telles discriminations de fait. D'autre part, les relations entre particuliers donnent lieu à de nombreuses discriminations. Les droits de l'homme permettent-ils aussi de combattre celles-ci ?

B. Les mesures positives

Les mesures positives, qui correspondent dans la terminologie utilisée ici à celles prises au titre de l'*affirmative action* dans les pays anglo-saxons, sont destinées à réaliser l'égalité dans les faits lorsque subsistent des disparités importantes dans la société notamment entre femmes et hommes ou entre des minorités et la majorité de la population. Certaines mesures ont un caractère préférentiel et, de ce point de vue, entrent en tension avec la garantie de l'égalité envisagée de manière formelle. Deux questions se posent au regard des droits de l'homme. Permettent-ils, d'une part, et comportent-ils eux-mêmes, d'autre part, de telles mesures ?

Plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁵² et le droit de l'Union européenne⁵³ permettent expressément aux Etats d'adopter des mesures positives. D'autres instruments, à l'instar de la CEDH, sont silencieux sur ce point, mais on admet qu'ils n'interdisent pas de telles mesures⁵⁴. Dans l'un et l'autre cas, il appartient aux Etats de déterminer si des mesures positives se justifient, puis, le cas échéant, d'en arrêter les contours. Leur liberté n'est cependant pas absolue car ils sont tenus de respecter l'interdiction des discriminations qui ne permet pas n'importe quelle mesure préférentielle au profit d'un groupe social⁵⁵. Une mise en balance des intérêts en présence est notamment requise. La jurisprudence des cours internationales ou supranationales est plutôt rare, si l'on excepte celle de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière admet de telles mesures pour autant que celles-ci soient limitées dans le temps, comme le prévoient du reste plusieurs instruments internationaux⁵⁶, et respectent notamment le principe de proportionnalité⁵⁷. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels se réfère également à ce dernier principe⁵⁸.

Le droit international des droits de l'homme ne garantit ni n'impose expressément des mesures positives préférentielles, en principe temporaires, destinées à réaliser l'égalité dans les faits⁵⁹. Quelques domaines méritent cependant une attention particulière. Ainsi,

⁵² Articles 1 (4) et surtout 2 (2) CEDR; article 4 CEDEF; article 5 (4) CDPH; article 4 (2) et (3) CCPM.

⁵³ Article 23 (2) CDFUE; article 157 (4) TFUE; article 5 de la directive 2000/43/CE; article 7 de la directive 2000/78/CE; article 3 de la directive 2006/54/CE.

⁵⁴ Voir, parmi de nombreux auteurs, SUDRE (note 16), p. 296 et les références.

⁵⁵ CDH (note 26), § 10.

⁵⁶ Articles 1 (4) et surtout 2 (2) CEDR; article 4 (1) CEDEF.

⁵⁷ Voir notamment CJCE, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99, 19 mars 2002, Rec. 2002 I-02891, § 30-50.

⁵⁸ CDESC (note 16), § 9.

⁵⁹ RENUCCI (note 35), p. 176.

les autorités sont parfois expressément tenues de prendre en compte les caractéristiques d'un groupe social et d'adapter leurs actes en conséquence. La lutte contre les discriminations frappant les personnes handicapées vient tout naturellement à l'esprit à cet égard. Les éventuelles mesures qu'elle implique sont liées au handicap de ces personnes⁶⁰. Aussi ne correspondent-elles en principe pas à des mesures positives de nature préférentielle destinées à résorber les inégalités de fait entre deux groupes de personnes. Elles reflètent simplement des situations durablement différentes.

C. Les relations entre particuliers

Les relations entre particuliers sont la source de nombreuses discriminations. Le droit de l'Union européenne vise, s'agissant de l'emploi et du travail, tant le secteur public que le secteur privé⁶¹. Pour le reste, les destinataires de l'interdiction des discriminations, telle qu'elle est consacrée par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, sont avant tout les Etats ainsi que, plus largement, toutes les autorités ou autres entités qui s'y rapportent. Aux Etats incombe l'obligation de légiférer et de prendre des mesures de façon à lutter contre les discriminations dans les relations entre particuliers⁶². Si on laisse de côté le droit de l'Union européenne, les normes internationales qui figurent dans ces instruments et interdisent les discriminations ne sont en principe pas considérées comme directement applicables dans de telles relations, si bien qu'elles requièrent des relais en droit interne.

Une évolution significative s'est néanmoins produite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, celle-ci n'hésite pas à imposer des obligations positives aux Etats, qui se rapportent aux relations entre particuliers⁶³. Dans certains arrêts, la Cour ne définit pas précisément l'obligation à la charge de l'Etat, ni ne détermine en quoi la passivité de celui-ci est coupable. Aussi la jurisprudence de la Cour produit-elle un effet horizontal presque direct⁶⁴, en tout cas pour les situations futures similaires à celles jugées par cette juridiction.

L'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* représente un excellent exemple de cette évolution de la jurisprudence⁶⁵. Une employée de British Airways, société privée, a, selon la Cour, été discriminée par son employeur car celui-ci lui avait interdit de porter une croix chrétienne. Cet arrêt a désormais un impact sur les employeurs privés qui seront sans doute amenés par les Etats à le respecter de façon à éviter de futures condamnations par

⁶⁰ Voir notamment article 18 (3) CADHP : « Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux. » ; voir aussi article 26 CDFUE.

⁶¹ Voir ci-dessus, II.C.2.

⁶² Article 2 (1) lettre d CEDR ; article 2 (e) CEDEF ; article 4 (1) lettre e CDPH.

⁶³ Voir notamment SUDRE (note 16), p. 286 s. et les références.

⁶⁴ Voir en particulier Cour EDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, n° 69498/01, 13 juillet 2004, Rec. 2004-VIII, § 58-63, qui s'en prend à l'interprétation d'une clause testamentaire jugée discriminatoire.

⁶⁵ Cour EDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 15 janvier 2013, § 94-95.

la Cour européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, l'arrêt *Eweida* fait désormais partie des éléments à prendre en compte lors de l'aménagement des relations contractuelles entre un employeur public ou privé et ses employés.

IV. Quelques enjeux procéduraux

A. Le degré et le fardeau de la preuve

L'effectivité de la lutte contre les discriminations ne dépend pas seulement de garanties matérielles ancrées dans le droit international ou constitutionnel, mais aussi de règles procédurales liées en particulier au degré et au fardeau de la preuve. Ces questions ne sont pas seulement laissées à l'appréciation des Etats, mais reçoivent également une attention dans le droit international et européen des droits de l'homme.

Un renversement général et complet du fardeau de la preuve est difficilement admissible car il engendrerait une sorte de présomption de culpabilité en matière de discriminations. En revanche, il est envisageable d'alléger ce fardeau, ce qui implique de se contenter, dans un premier temps, de la vraisemblance, puis de permettre à l'Etat ou à un autre destinataire public ou privé de l'interdiction des discriminations de tenter de justifier la distinction ou l'assimilation en cause. Le droit européen s'inscrit dans cette optique, sauf pour les procédures pénales⁶⁶. Cette dernière exception se justifie compte tenu du droit à la présomption d'innocence.

Des règles de preuve ou de vraisemblance favorables aux personnes qui se prévalent de l'interdiction des discriminations ne sont ainsi pas exclues par les droits internationaux des droits de l'homme pour les procédures civiles et administratives. Les Etats sont notamment habilités à admettre que des données statistiques ou systémiques⁶⁷ fondent une requête en ce domaine, étant néanmoins précisé que la porte à une justification dans un cas concret devrait en principe rester ouverte. La Cour européenne des droits de l'homme pose certes des exigences plutôt élevées quant à la preuve de discriminations⁶⁸, mais elle s'appuie tout de même, dans certains arrêts, sur un contexte discriminatoire et exige ensuite d'un Etat qu'il démontre l'absence de discrimination⁶⁹. Dans d'autres arrêts

⁶⁶ Article 8 de la directive 2000/43/CE; article 10 de la directive 2000/78/CE; article 19 de la directive 2006/54/CE.

⁶⁷ Voir spécialement AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg 2011, p. 150–155. S'agissant des discriminations systémiques, voir CDESC (note 16), § 12 et 39.

⁶⁸ Voir BESSON (note 11), p. 168 s.

⁶⁹ Cour EDH, *E.B. c. France* (GC), n° 43546/02, 22 janvier 2008, § 78–98.

ou décisions, elle accepte de se fonder sur des données statistiques dans le cadre de l'analyse d'éventuelles discriminations indirectes⁷⁰.

B. La qualité pour agir ou recourir

La qualité pour agir ou recourir constitue un autre enjeu procédural fondamental. Il s'avère parfois très difficile pour un particulier d'intenter une action administrative ou judiciaire fondée sur l'interdiction des discriminations. Les coûts humains et financiers d'une telle procédure, le faible bénéfice escompté d'une issue favorable, la crainte de représailles ou d'autres désavantages et les risques en matière de preuve sont en effet de nature à dissuader les victimes de discriminations de faire valoir leurs droits. Se pose alors la question d'élargir la qualité pour agir ou recourir à d'autres personnes ou entités que celles qui s'estiment lésées par une discrimination.

Certaines associations, organisations ou autres entités œuvrent, selon leurs buts légaux ou statutaires, à la lutte contre les discriminations. Elles se voient parfois reconnaître la qualité pour agir ou pour recourir contre des normes, pratiques ou décisions discriminatoires. Cette mise en œuvre décentralisée de l'interdiction des discriminations contribue souvent à l'effectivité de la lutte contre celles-ci. Ce point relève pourtant largement de la marge d'appréciation des Etats. Quelques règles européennes prescrivent néanmoins une telle extension⁷¹.

La qualité pour agir ou recourir s'accompagne aussi d'autres aménagements procéduraux qui facilitent l'engagement d'une procédure administrative ou judiciaire. Il en va ainsi de la gratuité de la procédure. Une telle règle ne s'est pas imposée dans les instruments de protection des droits de l'homme, si bien qu'il appartient aux Etats de décider ou non de la retenir.

Conclusion

L'interdiction des discriminations est étroitement liée à la réalité sociale. Aussi comporte-t-elle une dimension dynamique très marquée. Pour lui permettre de s'adapter à l'évolution de la société, les instruments de protection des droits de l'homme n'énumèrent pas de manière exhaustive les critères susceptibles de fonder des discriminations. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille se contenter de normes internationales très ouvertes afin de lutter contre les discriminations. De telles normes sont utilement complétées par des normes offrant une protection spécifique à certaines catégories de personnes, par des

⁷⁰ Cour EDH, *D.H. et autres c. République tchèque* (GC), n° 57325/00, 13 novembre 2007, Rec. 2007-IV, § 18 et 196–201; *Hoogendijk c. Pays-Bas* (note 20). Voir aussi EDEL (note 51), p. 120–128.

⁷¹ Article 7 (2) de la directive 2000/43/CE; article 9 (2) de la directive 2000/78/CE; article 17 (2) de la directive 2006/54/CE.

mesures positives ciblées ou par des règles répondant aux enjeux procéduraux que soulève la mise en œuvre de l'interdiction des discriminations.

L'interdiction des discriminations connaît en outre une évolution quant à ses fondements mêmes. Sa marche vers l'indépendance par rapport aux autres droits de l'homme est nettement engagée. Sur le continent européen, l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 à la CEDH, le 1^{er} avril 2005, représente à la fois un point d'aboutissement de cette tendance et un point de départ, son impact réel restant à établir.

Les relations entre particuliers occupent, par ailleurs, une place grandissante dans la jurisprudence européenne rendue dans le domaine de l'interdiction des discriminations. La Cour de justice de l'Union européenne a ouvert les feux de longue date. La Cour européenne des droits de l'homme lui emboîte maintenant le pas en examinant de telles relations, sans s'interroger longuement sur l'étendue de l'éventuelle obligation positive de l'Etat dans le cas d'espèce. Cette tendance, qui doit encore être confirmée, renforce certainement l'effectivité de l'interdiction des discriminations.

Enfin, il serait erroné de penser que la lutte contre les discriminations passe avant tout par des procédures administratives ou judiciaires. L'information ou la sensibilisation, dès l'école, de la population ainsi que les conseils fournis aux personnes qui s'estiment discriminées revêtent une importance considérable. Il en va de l'effectivité de l'interdiction des discriminations, laquelle correspond non seulement à un *droit* de la personne, mais aussi à un *devoir* de celle-ci ainsi que le prévoit justement l'article 28 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Bibliographie

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg 2011.

TILMANN ALTWICKER, *Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz*, Heidelberg 2011.

ODDNÝ MJÖLL ARNADÓTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haye 2003.

MARK BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002.

SAMANTHA BESSON, Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe, *The American Journal of Comparative Law* 2012, 147–180.

VÉRONIQUE BOILLET, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle 2010.

- MARC BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles 1976.
- VICTORIA ASABA CHEGE, *Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity*, Baden-Baden 2011.
- CHING-HUI CHEN, *Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Strukturanalyse unter besonderer Berücksichtigung des Verbots der Alterdiskriminierung*, Baden-Baden 2011.
- THOMAS COTTIER, MATTHIAS OESCH, Direct and indirect discrimination in WTO and EU law, in: Sanford E. Gaines, Birgitte Egelund Olsen, Karsten Engsig Sørensen (éd.), *Liberalising Trade in the EU and the WTO – A Legal Comparison*, Cambridge 2012, 141–175.
- FREDÉRIC EDEL, *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg 2010.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHT, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg 2011.
- JANNEKE GERARDS, The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* 2013, 99–124.
- CHRISTOPH GRABENWARTER, KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 5^e éd., Munich 2012.
- ELSA GUILLALOT, ALINE PRÉVERT (éd.), *La discrimination: un objet indicible?*, Paris 2013.
- RÉMY HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris 2005.
- WALTER KÄLIN, JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3^e éd., Bâle 2013.
- ANDREAS LACH, *Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht*, Francfort-sur-le-Main 2008.
- La non-discrimination: un droit fondamental. Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12*, Strasbourg 2006.
- VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Zurich 2003.
- DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-discrimination in the « War on Terror »*, Oxford 2008.
- MELIK ÖZDEN, *The Right to Non-discrimination*, Genève 2011.
- BERNHARD PULVER, *L'interdiction de la discrimination*, Bâle 2003.
- JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris 2012.

FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^e éd., Paris 2012.

CHRISTA TOBLER, *Indirect discrimination – A case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Anvers 2005.

CHRISTA TOBLER, The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law. From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach, in: *The Court of Justice and the Construction of Europe. Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, La Haye 2013, p. 443–469.

WOUTER VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Anvers 2005.

BERNHARD WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Berne 2003.

RÜDIGER WOLFRUM (éd.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung in nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Berlin 2003.