

Droit de l'égalité et de la non-discrimination

Chronique JEDH - 2015¹

Emmanuelle Bribosia² et Isabelle Rorive³

Cette quatrième édition de la chronique, qui porte sur la période de janvier à décembre 2015, confirme la pertinence d'une approche intégrée, transnationale et comparative du droit de l'égalité et de la non-discrimination, faisant fi des frontières entre les ordres juridiques supranationaux. Une place importante y est réservée à la Cour de justice de l'Union européenne qui fait preuve d'un raisonnement de plus en plus élaboré sur les concepts de discrimination. Cela se vérifie dans le contentieux relatif aux différences de traitement fondées sur l'âge où sa jurisprudence se consolide (I.) mais également, fait plus rare, pour les discriminations structurelles dont sont victimes les Roms au sein de l'Union européenne (III.). La Cour européenne des droits de l'homme livre également, en 2015, une jurisprudence qui vient renforcer les droits des personnes LGBT. D'une part, elle condamne, dans son arrêt *Identoba*⁴, les violences dont celles-ci font l'objet bien souvent en toute impunité en Géorgie et consacre, du même coup, l'identité de genre comme critère de discrimination prohibé. D'autre part, par son arrêt *Oliari c. Italie*⁵, qui figure dans le « top 3 » du sondage des meilleurs arrêts de la Cour EDH en 2015⁶, elle œuvre à l'octroi aux couples de même sexe d'une reconnaissance juridique digne de ce nom (II).

I. AGE

Le contentieux relatif aux discriminations fondées sur l'âge reste, au niveau européen, principalement l'apanage de la Cour de justice de l'Union européenne. Il y occupe une place de choix. Parmi les affaires déférées à celle-ci, sur la base des directives 2000/43⁷ et 2000/78⁸ en matière d'égalité et de non-discrimination, celles relatives aux

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

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

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

⁴ C.E.D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* du 12 mai 2015 (requête n° 73235/12) (définitif depuis le 12 août 2015).

⁵ C.E.D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015 (définitif depuis le 21 octobre 2015) (req. n° 18766/11 et 36030/11).

⁶ L. Peroni, « The Winners: Poll on Best and Worst ECtHR Judgment of 2015 », 18 février 2016, disponible à l'adresse suivante : <http://strasbourgobservers.com/2016/02/18/the-winners-poll-on-best-and-worst-ecthr-judgment-of-2015/>

⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO, L 180, p. 22).

⁸ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (J.O., L 303, 2.12.2000, p. 16).

discriminations fondées sur l'âge continuent à être de loin les plus nombreuses⁹. Ainsi, de janvier 2014 à décembre 2015, sur 13 arrêts rendus, 9 étaient relatifs à l'âge¹⁰.

Cette chronique se penche plus particulièrement sur les enseignements de l'arrêt *Mario Vital Perez*¹¹. Dans le cadre d'un litige relatif à la fixation d'un âge maximum de 30 ans pour le recrutement des candidats aux postes d'agents de la police locale par la municipalité (*ayuntamiento*) d'Oviedo, la Cour de justice a confirmé l'interprétation stricte des dérogations au principe d'égalité de traitement fondé sur l'âge, en particulier de la justification relative à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante prévue à l'article 4, paragraphe 1^{er} de la directive 2000/78.

Dans cette affaire, dont l'importance des enjeux est attestée par les interventions de plusieurs gouvernements à la cause (allemand, espagnol, français et italien)¹², la Cour devait, à titre préliminaire, déterminer les sources pertinentes pour évaluer si la limite d'âge fixée à l'accès à la police locale était conforme au droit européen. Le juge du contentieux administratif d'Oviedo avait axé la question préjudicielle tant sur l'interprétation de la directive 2000/78 que sur celle de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux (§ 23). Tout en rappelant « l'existence d'un principe de non-discrimination en fonction de l'âge (tel que consacré à l'article 21 de la Charte) qui doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union et qui a été concrétisé par la directive 2000/78 dans le domaine de l'emploi et du travail » (§ 24), la Cour de justice a jugé inutile d'examiner la question au regard de la Charte et s'est concentrée sur l'interprétation de la directive (§ 25).

Cette solution apparaît logique, à première vue, lorsque la norme ou la pratique prétendument discriminatoire entre dans le champ d'application de la directive venue préciser l'interdiction des discriminations de l'article 21 de la Charte en matière d'emploi et de travail¹³. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue, comme l'avocat

⁹ D. Schieck, « Age discrimination before the Court of Justice. Conceptual and theoretical issues », *Common Market Law Review*, 2011, 48/3, p. 777-799.

¹⁰ C.J., 1^{er} octobre 2015, arrêt *O c. Bio Philippe Auguste SARL*, aff. C-432/14, ECLI:EU:C:2015:643 ; C.J., 9 septembre 2015, arrêt *Unland*, aff. C-20/13, ECLI:EU:C:2015:561 ; C.J., 21 mai 2015, arrêt *SCMD*, aff. C-262/14 ; C.J., 26 février 2015, *Ingeniorforening en i Danmark*, aff. C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115 ; C.J., 28 janvier 2015, arrêt *ÖBB Personenverkehr c. Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38 ; C.J., 21 janvier 2015, arrêt *Georg Felber c. Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*, aff. C-529/13, ECLI:EU:C:2015:20 ; C.J., 13 novembre 2014, arrêt *Mario Vital Perez c. ayuntamiento de Oviedo*, aff. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371 ; C.J. (grande chambre), 11 novembre 2014, arrêt *Leopold Schmitzer c. Bundesministerin für Inneres*, aff. C-530/13, ECLI:EU:C:2014:2359 ; C.J., 19 juin 2014, arrêt *Specht et autres c. Land Berlin*, aff. jtes C-501/12 à C-506/12, C-540/12 et C-541/12, ECLI:EU:C:2014:2005 ; C.J., 16 janvier 2014, arrêt *Siegfried Pohl c. ÖBB-Infrastruktur AG*, aff. C-429/12, ECLI:EU:C:2014:12.

¹¹ C.J., 13 novembre 2014, arrêt *Mario Vital Perez c. ayuntamiento de Oviedo*, aff. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2371. Pour des commentaires des autres affaires relatives aux discriminations fondées sur l'âge, voy. notamment la chronique de J. Jacquemain dans le *Journal de droit européen* (« Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Autres discriminations 'article 19 TFUE' », *J.D.E.*, 2015, p. 365-371, spéc. p. 369-371 ; voy. aussi Th. Dumortier, F. Guiomard, M. Roccati et M. Touillier, «Chronique de droit des discriminations (mai 2015-septembre 2015) », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 02 décembre 2015, consulté le 16 février 2016. URL : <http://revdh.revues.org/1748>

¹² Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, présentées le 17 juillet 2014, aff. C-416/13, ECLI:EU:C:2014:2109, § 13.

¹³ Voy. en ce sens: C.J., *Georg Felber c. Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*, *op. cit.*, ECLI:EU:C:2015:20, §§ 15-17.

général Mengozzi le souligne, que la Charte reste l'horizon ou le paramètre interprétatif de la directive¹⁴. Qu'il soit permis de rappeler, à cet égard, l'arrêt « *Test-Achats* »¹⁵ où la Cour de justice a invalidé, au regard de l'article 21, § 1^{er} de la Charte, l'article 5, § 2 de la directive 2004/113 consacrant l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans le domaine des biens et services¹⁶, au motif qu'elle prévoyait, dans le secteur des assurances, une dérogation illimitée dans le temps au principe d'égalité de traitement¹⁷.

Pour appuyer l'option selon laquelle elle examine la question sous l'angle exclusif de la directive, la Cour se réfère à son arrêt *Tyrolean Airways*¹⁸. Nous avons critiqué cette approche dans la première édition de cette chronique¹⁹. La Cour y avait considéré que la directive 2000/78 ne s'opposait pas à une différence de traitement basée sur l'expérience acquise dans certaines compagnies d'aviation à l'exclusion d'autres en vue du calcul des barèmes de rémunération ; le critère retenu n'étant ni indissociablement ni indirectement lié à l'âge²⁰. Au delà de cette conclusion relative à l'inapplicabilité de la directive 2000/78, une vérification de l'existence d'une discrimination à l'aune de l'article 21 de la Charte et de sa liste ouverte de motifs de discrimination, ou encore du principe d'égalité de traitement inscrit à l'article 20 de la Charte, n'aurait pas été superflue²¹.

Sans approfondir ici la question complexe de l'articulation des sources de droit de l'UE consacrant des interdictions de discriminations²², la Cour gagnerait à être plus systématique dans la mobilisation de chacune d'entre elles - articles 20 et 21 de la Charte, principe général de droit et législation de droit dérivé venant concrétiser ces interdictions pour certains motifs et dans des domaines d'application définis²³. Ainsi notamment, s'il peut être admis que le recours à l'article 21, § 1^{er} de la Charte revêt une valeur ajoutée moindre dans les cas de discriminations fondées sur des motifs couverts par les directives et dans leur champ d'application matériel, il devrait en aller différemment lorsqu'il s'agit de mettre en cause, dans le champ d'application du droit de l'Union, des différences de traitement fondées sur d'autres motifs qu'ils soient expressément visés à cet article (comme les caractéristiques génétiques ou l'origine sociale) ou non.

¹⁴ *Ibidem*, § 2.

¹⁵ C.J., 1^{er} mars 2011, arrêt *Association belge des consommateurs - Test- Achats*, aff. C-236/09 ECLI:EU:C:2011:100.

¹⁶ Directive 2004/113/CE du Conseil, du 13 décembre 2004, mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (JO L 373, p. 37).

¹⁷ C.J., arrêt *Test- Achats*, *op. cit.*, §§ 30 à 34. Voy. à ce sujet, K. Kilpatrick, "Article 21", in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 579-603, spéc. pp. 599-600.

¹⁸ 7 juin 2012, aff. C-132/11, EU:C:2012:329, §§ 21 à 23.

¹⁹ E. Bribosia et I. Rorive, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013, vol. 2, pp. 125-157.

²⁰ C.J., arrêt *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, *op. cit.*, § 29.

²¹ Sur les potentialités de l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux, voy. notamment: M. Bell, "Article 20", in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 563-578.

²² À propos de la délicate articulation des sources en ce qui concerne la question de l'interdiction des discriminations fondées sur l'obésité, voy. L'affaire *Kaltoft* jugée par la Cour de justice, en 2014 (C.J., *Fag og Arbejde c. Kommunernes Landsforening*, 18 décembre 2014, C-354/13, EU:C:2014:2463, §§ 31-40).

²³ A ce sujet, voy. L'analyse détaillée de K. Kilpatrick, "Article 21", *op. cit.*

Quant à l'interprétation de l'article 4, paragraphe 1^{er} de la directive 2000/78, la Cour s'appuie logiquement sur les précédents *Wolf*²⁴ et *Prigge*²⁵ pour souligner que « c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante » (§ 36)²⁶. Rappelant qu'il est établi que « la possession de capacités physiques particulières est une caractéristique liée à l'âge » (§ 37), la Cour admet que la nature des missions d'agent de police locale – notamment celles relatives à la protection des personnes et des biens, à l'arrestation et la surveillance des auteurs de faits délictueux – puisse impliquer une aptitude physique particulière (§§ 39-40), laquelle peut être considérée comme une « exigence professionnelle essentielle et déterminante » pour l'exercice de cette profession (§ 41).

La légitimité de l'objectif d'assurer le caractère opérationnel et le bon fonctionnement des services de police établie (§§ 42 à 44), il restait à examiner la proportionnalité de la fixation de cette limite d'âge. A l'aune de l'interprétation stricte donnée à la dérogation des exigences professionnelles essentielles et déterminantes (§§ 46 et 47), la Cour vérifie, par un examen rigoureux, si, en l'espèce, « les capacités physiques particulières requises pour l'exercice de la fonction d'agent de la police locale sont nécessairement liées à un groupe d'âge déterminé » (§ 48). A cet égard, l'absence d'âge maximal de recrutement pour les agents de la police nationale ainsi que pour ceux de certaines communautés autonomes jette le doute sur la nécessité de la mesure (§§ 50 et 51). S'il est vrai que, dans son arrêt *Wolf*, la Cour avait admis la proportionnalité d'une mesure similaire fixant à 30 ans l'âge maximal de recrutement dans le service technique intermédiaire des pompiers²⁷, c'est en raison de tâches qui requéraient des capacités physiques « exceptionnellement élevées » (lutte contre les incendies) et d'exigences organisationnelles du corps des pompiers professionnels (§ 53). Or, non seulement ces capacités physiques ne sont pas systématiquement requises pour les fonctions d'agent de police locale mais, en outre, des épreuves physiques éliminatoires constituent un moyen de nature à garantir l'aptitude physique des agents de police recrutés (§ 55).

La limitation d'âge ne pouvant être justifiée au regard de l'article 4, paragraphe 1^{er} de la directive 2000/78, restait à vérifier si elle ne pouvait l'être au regard de la justification spécifique des différences de traitement fondées sur l'âge prévue à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78. L'exigence de formation pour le poste concerné et la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite constituent assurément un objectif légitime vu qu'il y est fait expressément allusion dans la directive elle-même (§ 65)²⁸. Nonobstant l'importante marge d'appréciation des Etats dans la

²⁴ C.J. (Grande chambre), 12 janvier 2010, arrêt *Colin Wolf*, aff. C-229/08, EU:C:2010:3. A propos de cet arrêt, voy. notamment : E. Bribosia et Th. Bombois, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge. Du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations. Réflexions autour des arrêts *Wolf*, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, pp. 41-84.

²⁵ C.J. (Grande chambre), 13 septembre 2011, arrêt *Prigge e.a.*, aff. C-447/09, EU:C:2011:573.

²⁶ Voy. arrêts *Wolf*, EU:C:2010:3, § 35, ainsi que *Prigge e.a.*, EU:C:2011:573, § 66.

²⁷ EU:C:2010:3, § 44.

²⁸ Il y est, en effet, expressément stipulé que les différences de traitement justifiables peuvent comprendre « la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite » (article 6, paragraphe 1, second alinéa, sous c) de la directive 2000/78).

détermination des moyens destinés à réaliser ces objectifs (§ 67), la Cour conclut qu'aucun élément ne lui permet de considérer la limite d'âge de recrutement appropriée et nécessaire eu égard aux objectifs de politique sociale et de l'emploi poursuivis (§§ 70-73).

La rigueur des examens de proportionnalité réalisés par la Cour de justice dans cette affaire mérite d'être soulignée. Reste à espérer qu'elle s'en inspirera pour l'interprétation des exigences professionnelles essentielles et déterminantes relatives aux autres motifs de discrimination²⁹.

II. ORIENTATION SEXUELLE ET IDENTITE DE GENRE

Identité de genre

Les manifestations défendant les droits des personnes LGBT suscitent encore une importante hostilité dans de nombreux Etats.³⁰ Lorsque celle-ci est relayée par les autorités publiques, elle se solde trop souvent par des violences commises en totale impunité. L'affaire *Identoba*³¹, du nom d'une ONG de Géorgie ayant pour buts la promotion et la protection des droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenre en est une nouvelle illustration. Une manifestation pacifiste d'une trentaine de personnes organisée à l'occasion de la journée internationale contre l'homophobie à Tbilissi fut violemment prise à partie par des contre-manifestants se revendiquant de groupes religieux. Ces derniers encerclèrent les manifestants, les injurièrent, les menacèrent (y compris de mort) et les agressèrent physiquement. Les autorités municipales, prévenues en temps utile par Identoba pour organiser la protection de l'événement, furent largement en défaut de le faire. Les forces de l'ordre étaient en nombre insuffisant. Du reste, elles restèrent passives et les enquêtes pénales aboutirent uniquement à la condamnation de deux manifestants défendant la cause d'Identoba pour atteinte mineure à l'ordre public.

Dans ce qui constitue, à notre connaissance, une première pour une affaire de ce type, la Cour condamne la Géorgie du chef de traitement inhumains ou dégradants (article 3 CEDH) combiné à une violation du principe de non-discrimination (article 14 CEDH)³². Pour la Cour, en effet, le devoir des autorités d'éviter des débordements de haine et d'enquêter sur le motif discriminatoire d'un acte de violence relève de la dimension

²⁹ La Cour de justice de l'Union européenne avait à l'époque fait preuve d'une rigueur bien moindre, dans les affaires *Johnston* et *Sirdar* qui concernaient des fonctions (dans la police et dans les Royal Marines) pour lesquelles le sexe avait été admis comme exigence professionnelle essentielle et déterminante (arrêts *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986:206, § 40, et *Sirdar*, C-273/97, EU:C:1999:523, § 25).

³⁰ Voy. notre chronique 2012, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, p. 308-309 ; notre chronique 2013, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, p. 214.

³¹ C.E.D.H. (4^{ième} sect.), arrêt *Identoba et autres c. Géorgie* du 12 mai 2015 (requête n° 73235/12) (définitif depuis le 12 août 2015).

³² Dans une affaire relative à des violences commises à l'égard de deux personnes d'origine rom, impliquant notamment un fonctionnaire public, voy., pour une même combinaison des articles 3 et 14 de la Convention, C.E.D.H. (2^{ième} sect.), arrêt *Balázs c. Hongrie* du 20 octobre 2015 (req. n° 15529/12). Comp., dans une affaire de violences aux alentours d'une mosquée à l'égard de fidèles musulmans où la Cour considère que le seuil n'est pas atteint pour une violation de l'article 3 de la Convention : C.E.D.H. (4^{ième} sect.), arrêt *Karahmed v. Bulgarie* du 24 février 2015 (req. n° 30587/13) (définitif depuis le 24 mai 2015).

procédurale de l'article 3 de la Convention. Il figure aussi au rang des responsabilités positives des autorités nationales en vertu de l'article 14 de la Convention (§ 63). La violation des article 11 (liberté d'association) et 14 de la Convention est également constatée. La Cour s'appuie sur plusieurs rapports relatifs à la situation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres en Géorgie qui attestent que les attitudes négatives et hostiles à l'égard de ces personnes y sont répandues³³. Ce contexte devait être pris en compte par les autorités pour adopter les mesures *ad hoc* au bon déroulement de la manifestation. C'est ce contexte également qui permet à la Cour de fonder sa condamnation au titre de l'article 14 de la Convention.³⁴ Et la Cour de souligner que traiter des actes de violence animés par une intention discriminatoire de la même manière que des actes dépourvus de cette connotation reviendrait à ignorer la nature spécifiques de comportements particulièrement destructeurs pour les droits fondamentaux (§ 67).

A l'occasion de l'affaire *Identoba*, mêlant en réalité homophobie et transphobie, la Cour européenne des droits de l'homme identifie pour la première fois l'identité de genre, et non plus le transsexualisme, comme motif de discrimination (§ 96). Elle utilise ainsi une terminologie plus adéquate pour rendre compte de la grande variété de situations rencontrée au sein de la population dite « trans* »³⁵. Quelque mois plus tôt, dans l'affaire *Y.Y. contre Turquie*³⁶, elle avait encore utilisé le terme de « transsexualisme » à l'égard d'un requérant qui n'avait pas été autorisé par les autorités judiciaires à recourir à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle, alors que des rapports médicaux établissaient une divergence entre sa perception de lui-même comme homme et sa constitution physiologique. En vertu du Code civil turc, être dans l'incapacité définitive de procréer est une des conditions préalables à l'accès à l'opération de réassignation de genre, condition que le requérant ne remplissait pas. Saisie uniquement du chef d'une violation au droit à la vie privée (article 8 de la Convention), la Cour condamne la Turquie. Elle relève en outre que si « la réglementation ou la pratique en vigueur dans nombre de pays qui reconnaissent le changement de sexe conditionne (encore), implicitement ou explicitement, la reconnaissance légale du nouveau sexe de préférence à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle et/ou à l'incapacité de procréer » (§ 105), « la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu (§ 109). Du reste, plusieurs pays (Allemagne, Suisse, Suède, Pays-Bas) ont récemment abandonné l'exigence de stérilité, voire de réassignation chirurgicale, comme préalables à un

³³ *Ibidem*, § 37-39, § 67-70, § 80. Certains de ces rapports ont été élaborés sous l'égide du Conseil de l'Europe et d'autres données factuelles sont fournies par ILGA (International Gay Lesbian Association), partie tierce-intervenante à la cause.

³⁴ En ce sens, mais de manière beaucoup moins explicite, voy. déjà C.E.D.H. (4^{ème} sect.), *Bączkowski et autres c. Pologne* du 20 octobre 2015 (requête n° 1543/06) (définitif depuis le 24 septembre 2009), § 97.

³⁵ Voy., par exemple, *Being Trans in the European Union. Comparative analysis of EU LGBT survey data*, EU Agency for Fundamental Rights (FRA), 2014, pp. 14-15. Voy. aussi les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007.

³⁶ C.E.D.H. (2^{ème} sect.), *Y.Y. c. Turquie* du 10 mars 2015 (requête n° 14793/08) (définitif depuis le 10 juin 2015).

changement d'état civil (§ 43).³⁷ C'est loin d'être le cas partout. Ainsi, la France, qui conditionne le changement d'état civil à une réassignation chirurgicale de genre et qui subordonne cette dernière à une stérilisation définitive, est mise en cause dans trois affaires actuellement pendantes devant la Cour³⁸. La violation du principe de non-discrimination est invoquée dans certaines d'entre elles, comme elle l'est dans une réclamation collective introduite en 2015 devant le Comité européen des droits sociaux contre la République Tchèque³⁹. Au vu des nombreuses discriminations dont sont victimes les personnes transgenres⁴⁰, gageons que ces affaires ne seront pas les dernières.

Orientation sexuelle

Dans le combat des personnes de même sexe en vue de l'obtention d'une reconnaissance juridique digne de ce nom⁴¹, la Cour européenne des droits de l'homme franchit une nouvelle étape avec l'arrêt *Oliari et autres c. Italie*⁴², après une première brèche ouverte par son arrêt *Vallianatos c. Grèce*⁴³.

Trois couples de même sexe, de nationalité italienne, s'étant vu refuser le mariage dans leur municipalité de résidence, sont à l'origine des deux requêtes devant la Cour de Strasbourg. Ils contestaient la législation italienne qui les privait non seulement du droit de se marier mais également de celui d'entrer dans toute forme d'union civile. Plusieurs ONG nationales et transnationales, dont certaines sont des « repeat players » devant la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴, sont venues renforcer cette action

³⁷ De textes de *soft law* européens, mentionnés par la Cour dans ses arrêts *Identoba* et *Y.Y.* pointent dans cette direction. Pour le Conseil de l'Europe, voy. notamment : Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, adoptée le 31 mars 2010 (CM/Rec(2010)5) ; Résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, adoptée le 29 avril 2010 ; Résolution 2048 (2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, adoptée le 22 avril 2015.

³⁸ C.E.D.H., *A.P. v. France* (req. n° 79885/12), *Garçon v. France* (req. n° 52471/13), *Nicot v. France* (req. n° 52596/13).

³⁹ C.E.S., *Transgender Europe and ILGA Europe c. République Tchèque*, réclamation collective introduite le 30 mars 2015 (req. n° 117/2015).

⁴⁰ Voy., par exemple, le document thématique « Droits de l'homme et identité de genre » publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe le 29 juillet 2009 ; le rapport publié sous l'égide du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe intitulé « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe », 2011 ; FRA, *Being Trans in the European Union...*, *op. cit.*, 2014. Amnesty International, *L'Etat décide qui je suis*, 2014 ; Ligue des droits de l'homme (Belgique), *Le genre idéal*, dossier réalisé en collaboration avec l'Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 2015.

⁴¹ E. Bribosia, I. Rorive & L. Vanden Eynde, "Same-Sex Marriage: Building an Argument Before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience", 32 *Berkeley J. Int'l Law*. 1. Disponible à l'adresse suivante : <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol32/iss1/1>

⁴² C.E.D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015 (devenu définitif le 21 octobre 2015) (req. n° 18766/11 et 36030/11).

⁴³ C.E.D.H. (GC), arrêt *Vallianatos c. Grèce* du 7 novembre 2013 (req. n° 29381/09 et 32684/09). Voy. notre commentaire dans cette chronique (« Droit de l'égalité et de la non-discrimination – Chronique », *Journal européen des droits de l'homme – European Journal of Human Rights*, 2014, vol. 2, pp. 205-237).

⁴⁴ Le Professeur Robert Wintemute a introduit une tierce intervention au nom des organisations non gouvernementales suivantes : FIDH (Fédération Internationale des ligues de Droit de l'Homme), AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe), ILGA-Europe (European Region of the International

stratégique par le biais de tierces interventions. Le Centre européen pour le droit et la justice, également bien connu du prétoire européen, est quant à lui intervenu, sur la base d'arguments tirés de la protection de la conception traditionnelle de la famille, pour tenter de démontrer, sans succès, à la Cour qu'elle abuserait de ses pouvoirs si elle dégageait de la Convention une obligation positive pour les Etats de reconnaître les unions de même sexe⁴⁵.

Dans un contexte européen où le rythme des évolutions en la matière s'accélère depuis une quinzaine d'années, l'Italie qui ne reconnaît aucune forme d'union pour les couples de même sexe apparaît de plus en plus isolée. Début 2016, en effet, 13 pays européens - dont 11 membres de l'Union européenne - reconnaissent le mariage homosexuel⁴⁶ (pour 21 au plan mondial⁴⁷), 25 pays européens - dont 21 de l'Union européenne - autorisent une forme d'union civile (partenariat enregistré ou partenariat civil) au bénéfice des couples de même sexe⁴⁸ et seuls sept pays de l'Union européenne ne reconnaissent aucune forme d'union pour ces couples⁴⁹. La réponse de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'existence d'une obligation positive dans le chef des Etats de reconnaître légalement les unions homosexuelles était par conséquent particulièrement attendue.

S'appuyant sur les précédents *Schalk et Kopf*⁵⁰ et *Vallianatos*, la Cour commence par rappeler que la relation stable entre deux personnes de même sexe relève tant de la vie privée que de la vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH (§ 103) et que les personnes homosexuelles « se trouvent dans une situation comparable à celle des personnes hétérosexuelles relativement à leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple » (§ 99 de l'arrêt *Schalk & Kopf* et § 78 de l'arrêt *Vallianatos*).

Pour évaluer les obligations positives qui s'imposent aux Etats en vertu de l'article 8 de la Convention, la Cour procède classiquement à une mise en balance entre les intérêts individuels et ceux de la société dans son ensemble (§ 175). Il s'avère, à l'examen, que les

Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), ECSOL (European Commission on Sexual Orientation Law), UFTDU (Unione forense per la tutela dei diritti umani) et LIDU (Lega Italiana dei Diritti dell'Uomo). L'« Associazione Radicale Certi Diritti » fut également autorisée à déposer des observations en tant que tierce-intervenante.

⁴⁵ C.E.D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie*, op. cit., §§ 149-158. Il est à noter que sept autres associations russes et trois ONG ukrainiennes défendant les droits de la famille avaient également été autorisées à intervenir par le Vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme mais elles n'ont finalement déposé aucune observation. (§ 6).

⁴⁶ Les Pays-Bas (depuis 2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède (2009), la Norvège (2009), le Portugal (2010), l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France (2013), la Grande-Bretagne (Angleterre et Pays de Galles en 2013, Ecosse en 2014), la Finlande (2014) le Luxembourg et enfin l'Irlande (2015). En Finlande, la loi entrera en vigueur à partir de mars 2017.

⁴⁷ Outre les Etats européens précités, les Etats suivants ont procédé à une telle reconnaissance: Afrique du Sud, Argentine, Brésil, Canada, Etats-Unis, Mexique, Nouvelle-Zélande, Uruguay.

⁴⁸ Le Danemark (1989), la Norvège (1993), la Suède (1995), l'Islande (1996), l'Espagne (1998), les Pays-Bas (1998), la France (1999), la Belgique (2000), l'Allemagne (depuis 2001, le contrat de vie commune accorde aux couples homosexuels des droits similaires à ceux du mariage, sauf en matière fiscale), le Portugal (2001), la Finlande (2002), le Royaume-Uni (2005), la Hongrie (depuis 2007), la République tchèque (2006), la Suisse (2007), le Luxembourg (2010), la Slovénie (2010), l'Irlande (2010), l'Autriche (2010), le Liechtenstein (2011), Malte (avril 2014), la Croatie (juillet 2014), l'Estonie (octobre 2014), la Grèce (2015) et Chypre (2015).

⁴⁹ L'Italie, la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie, la Bulgarie et la Pologne.

⁵⁰ C.E.D.H., arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*.

couples de même sexe ont, en l'absence de la possibilité de se marier et au vu de la discordance entre la réalité sociale de leur vie de couple et l'absence de reconnaissance juridique, un intérêt particulier à obtenir une telle reconnaissance par un contrat d'union civile ou un partenariat enregistré (§§ 172-174). A l'inverse, le gouvernement italien ne mentionne aucun objectif légitime, tel que la protection de la famille traditionnelle ou de la morale, à l'appui de l'absence de reconnaissance juridique de ces couples. Il se retranche uniquement derrière le besoin de temps pour adopter de telles réformes et l'existence d'une marge nationale d'appréciation (§ 176). C'est donc sans surprise autour de l'étendue de cette marge d'appréciation liée notamment à l'existence d'un consensus européen que se cristallise le raisonnement de la Cour.

Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour s'était appuyée sur l'absence de consensus européen établi pour reconnaître une marge d'appréciation à l'Autriche quant au moment de l'introduction des changements législatifs en vue de la reconnaissance légale des couples de même sexe⁵¹. Constatant cette fois une légère majorité des Etats du Conseil de l'Europe (24 Etats sur 47) ayant légiféré en ce sens, la Cour, suivant la suggestion formulée par les ONG tierces-intervenantes dans cette affaire (§ 134) et les précédents *Goodwin*⁵²(§ 85) et *Vallianatos* (§ 91), insiste sur l'émergence d'une tendance internationale à la reconnaissance juridique de telles unions⁵³, sans subordonner son interprétation évolutive à l'observation d'un consensus européen au sens strict (§ 178). Et la Cour d'ajouter que le parlement italien semble avoir fait peu de cas des appels répétés des plus hautes juridictions nationales (Cour constitutionnelle et Cour de cassation) à l'appui d'une telle reconnaissance juridique, ce qui est de nature à mettre en cause l'autorité du pouvoir judiciaire (§ 180). Dans ce contexte, les autorités italiennes ne peuvent se prévaloir de leur marge d'appréciation et ont violé l'article 8 de la Convention en ne garantissant pas aux personnes de même sexe un cadre juridique pour la reconnaissance de leur relation (§ 185)⁵⁴.

La consécration, au titre du droit à la vie privée et familiale, d'une obligation positive de reconnaissance légale des unions entre personnes de même sexe est susceptible d'avoir des répercussions importantes au delà de son impact en Italie⁵⁵. A condition toutefois que la Cour n'accorde pas trop d'importance au contexte italien et, en particulier, aux statistiques attestant une large acceptation au sein de la population italienne des couples homosexuels et de leur besoin de reconnaissance et de protection (§ 181). Un

⁵¹ Elle avait alors affirmé que malgré d'importants développements intervenus dans la dernière décennie, il n'y avait pas encore une majorité d'Etats au sein du Conseil de l'Europe (seulement 19 Etats) reconnaissant légalement les couples de même sexe (§ 105 de l'arrêt *Schalk et Kopf*).

⁵² C.E.D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. no 28957/95.

⁵³ Il est à noter que le droit comparé sur lequel la Cour EDH s'appuie pour mettre en évidence cette tendance internationale (§§ 53-55) lui a été principalement fourni par la tierce-intervention très fouillée soumise par R. Wintemute au nom de plusieurs ONG actives dans le domaine des droits des personnes LGBT (voy. le résumé qui en est livré par la Cour aux paragraphes 134 à 143).

⁵⁴ L'on regrettera que la Cour européenne n'ait pas jugé nécessaire d'examiner les requêtes sous l'angle de la discrimination au sens de l'article 14 de la CEDH, argument pourtant également soulevé par les requérants (§ 187).

⁵⁵ C'est d'ailleurs la reconnaissance d'une telle obligation positive que voulaient éviter les juges Mahoney, Tsotsoria et Vehabovic qui ont rédigé une opinion concordante insistant sur la spécificité du cas italien où le droit fondamental à une reconnaissance juridique des couples de même sexe a été reconnu depuis 2010 par la Cour constitutionnelle italienne, ce qui suffisait, selon eux, à fonder la violation de l'article 8 de la CEDH, sans pour autant devoir consacrer une obligation positive découlant de cette disposition.

tel argument apparaît en effet contestable. A contrario, il pourrait augurer une disponibilité de la Cour à ménager une marge d'appréciation plus importante aux Etats où une telle acceptation n'existe pas ; ce qui s'inscrit en porte à faux par rapport au rôle d'une juridiction supranationale appelée à accorder une attention particulière à la protection des droits des minorités, y compris parfois contre la volonté de la majorité.

On relèvera que l'arrêt *Oliari* de la Cour européenne intervient peu de temps après l'arrêt retentissant de la Cour suprême des Etats-Unis, *Obergefell et al. v. Hodges*,⁵⁶ rendu le 26 juin 2015, auquel la Cour de Strasbourg se réfère, au titre du droit comparé pertinent (§ 65). A cette occasion, la Cour suprême a légalisé le mariage gay sur l'ensemble du territoire des Etats-Unis en affirmant que le droit de se marier était un droit fondamental inhérent à la liberté des personnes dont les couples de même sexe ne peuvent être privés en application des garanties de la « due process of law » et du principe de l'égale protection de la loi (« equal protection of law »), contenues dans le 14^{ème} Amendement⁵⁷.

Cette posture de son homologue nord-américaine ne semble toutefois guère avoir influencé la Cour européenne au moment d'examiner l'argument relatif à la violation du droit au mariage. En dépit de l'évolution intervenue depuis 2010 qui a porté de six à onze le nombre d'Etats ayant reconnu le mariage entre personnes de même sexe, la Cour ne revient pas sur sa position affirmée, à l'occasion de l'arrêt *Schalk & Kopf*. Ni l'article 12 de la CEDH, pris isolément, ni sa combinaison avec l'article 14, n'imposent aux Etats d'ouvrir l'accès au mariage aux couples de même sexe (§§ 192-194). Et la Cour de souligner que les autorités nationales sont à cet égard mieux placées pour évaluer les besoins de la société et décider du moment d'une telle ouverture. L'on regrettera que ces moyens n'aient pas fait l'objet d'un examen plus fouillé, en particulier sous l'angle de la discrimination directe et indirecte dont se plaignaient les requérants et qui étaient largement étayés par les tiers-intervenants, notamment via des références au droit de l'Union européenne (§ 142)⁵⁸.

III. RACE ET ORIGINE ETHNIQUE

Les discriminations structurelles à l'encontre des Roms sont bien connues. Tout en soulignant que « les Roms font partie intégrante de la civilisation européenne depuis plus d'un millénaire » et qu'avec une population estimée à 10 à 12 millions, il s'agit de la première minorité ethnique en Europe, l'Agence des droits fondamentaux (Fundamental Rights Agency - FRA) nous rappelle que de nombreux Roms « vivent dans des conditions d'extrême pauvreté, en marge de la société, et sont victimes d'une exclusion sociale

⁵⁶ Cour suprême des Etats-Unis, *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al*, 576 U.S. (2015).

⁵⁷ Voy. notamment pour un bref commentaire: C. Fercot, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, octobre 2015, pp. 1-12 ; N. Hunter, "The Undetermined Legacy of 'Obergefell v. Hodges'", *The Nation* (29 June 2015), <http://www.thenation.com/article/the-undetermined-legacy-of-obergefell-v-hodges/>

⁵⁸ Nous nous permettons de renvoyer à un précédent article où nous avons élaboré une argumentation dans le sens du caractère discriminatoire, au regard des articles 8 et 14 de la CEDH, de l'exclusion des couples de même sexe de l'accès au mariage: voy. E. Bribosia, I. Rorive & L. Vanden Eynde, "Same-Sex Marriage: Building an Argument Before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *op. cit.*

extrême »⁵⁹. Qualifié de « groupe vulnérable » depuis le début du millénaire par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁰, les Roms n'avaient jusqu'ici pas eu accès à la Cour de justice de l'Union européenne. Saisie dans l'affaire *Belov*⁶¹ par la Commission bulgare de défense contre la discrimination (KZD)⁶², pour déterminer s'il est discriminatoire de placer les compteurs électriques dans des quartiers majoritairement peuplés par des Roms sur les poteaux des lignes aériennes, et non sur la façade des maisons, les rendant de ce fait inaccessibles pour les contrôles de la consommation⁶³, la Cour de justice s'était déclarée incompétente en 2013. A la différence de ce que défendait l'avocate générale Kokott, l'organe de renvoi ne pouvait, pour la Cour, être considéré comme une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE, mais bien comme un organe administratif⁶⁴. Deux ans plus tard, l'affaire *CHEZ*⁶⁵ donne l'occasion à la Cour de se prononcer sur le fond dans un cas d'espèce très semblable.

Détenue à près de 70% par des capitaux publics de la République tchèque⁶⁶, fournisseur d'électricité en situation de monopole à l'ouest de la Bulgarie⁶⁷, la société *CHEZ* mise en cause dans l'affaire *Belov* l'était également dans des contentieux similaires. C'est ainsi qu'en 2015, dans un arrêt de Grande Chambre⁶⁸ qui fera date, la Cour nous livre un arrêt passionnant et didactique sur la notion de discrimination *fondée* sur l'origine ethnique, sur la frontière entre discrimination directe et indirecte, sur le rôle des stéréotypes et des préjugés dans l'établissement de la preuve ainsi que sur les limites encadrant la justification d'une différence de traitement.

Dès 1999, la société *CHEZ* avait mis en œuvre une politique visant à installer les compteurs électriques de l'ensemble des abonnés vivant dans des quartiers essentiellement habités par des Roms sur les piliers en béton du réseau de la ligne électrique aérienne, à une hauteur de 6 à 7 mètres. L'Open Society Institute avait rapidement publié une enquête reprenant de nombreux témoignages dénonçant le caractère humiliant de cette politique justifiée au nom de la lutte contre les

⁵⁹ Voy. la page introductive du dossier "Roms" sur le site de la FRA (<http://fra.europa.eu/fr/theme/roms>, consulté le 25 novembre 2015).

⁶⁰ C.E.D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001 (req. n° 27238/95), § 96. Voy notre chronique 2013, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, p. 225 et la note 119. En 2015, voy. C.E.D.H. (2^{ème} sect.), arrêt *Balázs v. Hongrie* du 20 octobre 2015 (req. n° 15529/12), § 53. Voy. aussi, même si la référence concerne avant tout les demandeurs d'asile, C.E.D.H. (2^{ème} sect.), arrêt *V.M. et autres c. Belgique* du 7 juillet 2015 (req. n° 60125/11, renvoyé devant la grande chambre) et arrêt *Ciorcan et autres c. Roumanie*, du 27 janvier 2015, req. 29414/09 et 44841/09.

⁶¹ C.J., 31 janvier 2013, arrêt *Valeri Hariev Belov c. CHEZ Elektro Balgaria A, & Co*, C- 394/11. Voy. notre chronique 2013, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 230-232.

⁶² KZD est l'acronyme bulgare de Komisia za zashtita ot diskriminatisa.

⁶³ C.J., 31 janvier 2013, arrêt *Belov*, *op. cit.*, §§ 19-30.

⁶⁴ *Ibidem*, §§ 37-55 et les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 20 septembre 2012.

⁶⁵ C.J., 16 juillet 2015, arrêt *Chez Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatisa*, 16 juillet 2015, C-83/14.

⁶⁶ Chiffres au 31 décembre 2014 sur la page du site du groupe (<http://www.cez.cz/en/cez-group/cez.html>).

⁶⁷ S. Cox, « Case Watch: EU Court's legal adviser assesses Roma discrimination case », posté sur *Voices*, un blog de l'Open Society Foundation, 13 mars 2015.

⁶⁸ La version consolidée du règlement de procédure de la Cour de justice du 25 septembre 2012 précise, en son article 60, § 1, que les renvois en grande chambre sont justifiés par « la difficulté ou l'importance de l'affaire » ou par « des circonstances particulières », ou, à la demande d'un État membre ou d'une institution de l'Union participant à la procédure.

branchements illicites d'électricité⁶⁹. De fait, « avec leurs caissons argentés surdimensionnés placés devant chaque maison et des dizaines de câbles qui pendent, l'allure de ces quartiers roms est radicalement différente de celle des autres quartiers »⁷⁰. Mais la société CHEZ avait fait la sourde oreille aux demandes des ONG et de la KZD, contrairement à un autre important distributeur d'électricité⁷¹. A la suite d'une facture qu'elle juge surévaluée, Mme Nikolova, exploitante d'une petite épicerie dans un de ces quartiers roms où les habitants sont dans l'impossibilité de contrôler leur consommation d'électricité⁷², porte plainte pour traitement discriminatoire et obtient gain de cause auprès de la KZD. C'est le recours introduit par la société CHEZ devant la Cour administrative de Sofia qui ouvrira la voie à la saisine de la Cour de justice.

Après avoir confirmé que l'affaire relève bien du champ d'application matériel de la directive 2000/43 qui vise la fourniture de services⁷³, la Cour se penche sur la notion d'origine ethnique au sens de cette directive. S'il est certain qu'elle englobe l'origine rom, et la Cour s'appuie ici sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁴, la question est de savoir si ce motif peut fonder une discrimination à l'encontre de Mme Nikolova qui, exploitant un commerce dans un quartier urbain essentiellement peuplé d'habitants d'origine rom est traitée comme un membre de cette communauté, mais qui indique formellement être « d'origine ethnique bulgare » et être perçue comme telle⁷⁵. L'on sait que l'auto-identification est de mise, en principe, pour définir la race ou l'origine ethnique d'une personne⁷⁶. Au vu de l'incohérence des versions linguistiques de la directive 2000/43 – la plupart parlent de discrimination fondée sur « la race ou l'origine ethnique », mais certaines utilisent le pronom personnel (« sa » race, « son » origine ethnique), la Cour fait appel à l'économie générale et à la finalité de la directive pour refuser de l'interpréter restrictivement. Le principe général

⁶⁹ I. Zoon (M.N. Templeton ed.), *On the Margins: Roma and Public Services in Romania, Bulgaria, and Macedonia*, OSI report, 2001, pp. 138-139 (en ligne sur le site de Open Society Foundations).

⁷⁰ Texte original : « with the huge shining silver boxes in front of the houses and dozens of cables hanging down, the appearance of these Romani streets is dramatically different from the look of a non-Romani neighborhood ».

⁷¹ EVN, l'un des trois principaux distributeurs d'électricité en Bulgarie, établi au sud est du pays, avait témoigné du fait que dans les quartiers roms où les compteurs avaient été remis à hauteur humaine, 95% de la consommation était payée. Le vol d'électricité en Bulgarie serait principalement le fait de responsables de grands hôtels ou de stations de ski. Voy. S. Cox, « Case Watch: EU Court's legal adviser assesses Roma discrimination case », *op. cit.*, 13 mars 2015.

⁷² Dans ses conditions générales de vente, CHEZ s'est engagée à mettre gratuitement à la disposition de tout utilisateur qui en fait la demande écrite un véhicule spécialisé équipé d'une nacelle. En 2015, aucun utilisateur n'avait fait usage de cette possibilité particulièrement contraignante.

⁷³ Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO, L 180, p. 22), art. 3, § 1, h).

⁷⁴ La Cour de justice mentionne explicitement deux arrêts rendus en Grande Chambre: arrêt *Natchova c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 (req. n° 43577/98 et 43579/98); arrêt *Sedjic et Finci c. BosnieHerzégovine* du 22 décembre 2009 (req. n° 27996/06 et 34836/06).

⁷⁵ Observations écrites d'Anelia Georgieva Nikolova, laquelle est représentée par Open Society Justice Initiative par l'intermédiaire de Simon Cox (Barreau d'Angleterre et du Pays de Galles), Maxim Ferchtman (Barreau d'Amsterdam) et Yonko Grozev (Barreau de Sofia), 2 juin 2014, en ligne sur le site de l'Open Society Foundations. Cet élément de fait distingue l'affaire *CHEZ* de l'affaire *Belov* précédemment citée.

⁷⁶ Recommandation générale VIII relative à l'interprétation et à l'application des paragraphes 1 et 4 de l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, publiée le 23 août 1990 par le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale.

de non-discrimination « en fonction de la race et des origines ethniques » consacré par l'article 21 de la Charte vient conforter cet horizon interprétatif, tout comme l'arrêt *Coleman*⁷⁷, épinglé par la doctrine pour avoir consacré la discrimination par association (dans ce cas, un licenciement fondé sur le handicap du fils d'une employée), même si la Cour ne se réfère pas explicitement à cette notion⁷⁸.

Vient ensuite la délicate question de la qualification de la discrimination qui conditionne le régime de justification qui lui est applicable. L'on sait que la Cour a parfois consacré une approche non formaliste et audacieuse de la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte, en jugeant que l'exigence du mariage, pour l'octroi de certains avantages est constitutive d'une discrimination *directe* fondée sur l'orientation sexuelle dans un système juridique qui ne permet pas aux partenaires de même sexe de se marier⁷⁹. L'affaire CHEZ lui donne l'occasion de consolider cette approche qui n'est pas toujours partagée par les avocats généraux⁸⁰. Ainsi, pour qu'il y ait discrimination directe au sens de la directive 2000/43, il suffit que l'origine ethnique « ait déterminé » la décision d'instituer la politique à l'origine du traitement moins favorable. Et la Cour d'ajouter que la seule circonstance que le quartier en cause abrite également des habitants non Roms n'est pas de nature à exclure ce fait. Le comparateur ne doit pas non plus être un quartier « non rom » où aucun Rom ne réside. En réalité, « l'exigence tenant au caractère comparable des situations aux fins de déterminer l'existence d'une violation du principe d'égalité de traitement doit être appréciée au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent ». Même si la Cour rappelle qu'elle n'est pas habilitée à appliquer les règles de droit de l'Union à une espèce déterminée (art. 267 TFUE), elle invite la juridiction nationale à prendre en compte une série d'éléments. Premièrement, « il est constant et non contesté par CHEZ RB que la pratique litigieuse n'a été instaurée par celle-ci que dans les quartiers urbains qui (...) sont notoirement peuplés majoritairement de ressortissants bulgares d'origine rom ». Deuxièmement, les affirmations de CHEZ dans d'autres contentieux similaires suivant lesquelles les dégradations et branchements illicites sont principalement le fait de Roms sont de nature à suggérer que « les stéréotypes ou des préjugés ethniques » ont fondé la différence de traitement. Et ce d'autant plus, si, malgré les invitations en ce sens de la juridiction nationale, CHEZ s'abstient d'étayer cette affirmation par des éléments concrets et se contente de soutenir que ces faits sont de notoriété publique. Troisièmement, le « caractère imposé, généralisé et durable de la pratique litigieuse »

⁷⁷ C.J. (GC), 17 juillet 2008, arrêt *S. Coleman c. Attridge Law*, aff. C-303/06.

⁷⁸ La Cour parle de personnes qui "subissent conjointement" avec les personnes d'une origine ethnique donnée le traitement moins favorable ou le désavantage particulier résultant d'une mesure collective.

⁷⁹ C.J., 1^{er} avril 2008, arrêt *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06 ; C.J., 10 mai 2011, arrêt *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08 ; C.J., 12 décembre 2013, arrêt *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12. Voy. notre chronique 2013, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, p. 217-219. Comp. C.J., 7 décembre 2000, arrêt *Julia Schnorbus c. Land Hessen*, aff. C-79/99 (égalité de genre et priorité d'admission au stage préparatoire à un emploi dans la fonction publique pour les candidats ayant effectué un service militaire ou civil obligatoire).

⁸⁰ Rappelons que tant le requérant que la Commission et l'avocat général, avaient qualifié la différence de traitement de discrimination indirecte dans l'arrêt *Maruko* précité (C-267/06, § 63 ; conclusions de l'avocat général Colomer, §§ 96 et 111). Ici, l'avocate générale Julian Kokott considère, comme dans ses conclusions précédant l'arrêt *Belov* précité, qu'il ne peut s'agir d'une discrimination directe dès lors que la pratique litigieuse ne concerne pas uniquement des Roms : « cette pratique n'est pas liée à leur origine ethnique d'une façon aussi indissociable que peuvent l'être la grossesse et le sexe de la personne, le droit à une pension de vieillesse et l'âge de cette personne et le fait de vivre en partenariat enregistré et son orientation sexuelle » (§ 85).

dans des quartiers urbains roms « peut également constituer un indice pertinent pour l'appréciation globale de la pratique en cause ».

Si la Cour est clairement d'avis que les faits portés à sa connaissance étayent l'existence d'une discrimination directe, ils sont à tout le moins révélateurs d'une discrimination indirecte « à supposer que la juridiction de renvoi » juge qu'une « motivation » fondée sur la race ou l'origine ethnique n'est pas à l'origine de la mesure litigieuse. Et d'ajouter, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que la justification objective doit être interprétée « de manière stricte » en cas de différence de traitement fondée sur la race ou l'origine ethnique. Empêcher les fraudes et les abus ainsi qu'assurer la qualité et la sécurité de la distribution d'électricité sont incontestablement des objectifs légitimes. Mais les moyens de les réaliser ne seront appropriés et nécessaires au sens de la directive, que (1) s'ils reposent sur des données factuellement étayées – ce qui ne semblerait pas être le cas ; (2) si d'autres mesures moins contraignantes ne sont pas disponibles – ce qui serait démenti par la pratique d'autres distributeurs ayant installé des compteurs sophistiqués ; (3) et si, en tout état de cause, les inconvénients causés ne sont pas démesurés pour les utilisateurs – ce que contesterait le caractère contraignant, stigmatisant, généralisé et ancien de la pratique litigieuse.

Par cet arrêt, la Cour de justice a fourni un précieux relais au juge du fond et à l'organisme de promotion de l'égalité de traitement pour passer outre une jurisprudence restrictive d'une Cour suprême⁸¹. Surtout, les potentialités de ce précédent sont multiples quand il s'agit de dénoncer les discriminations structurelles dont sont victimes des minorités ethniques vivant dans des quartiers, voire des ghettos, identifiables. Alors que ces communautés peinent souvent à faire entendre leur « voix » par les canaux politiques traditionnels lorsque les services publics de leurs quartiers sont délaissés (écoles, transports, ramassage des déchets, infrastructures, etc.), le droit de la non-discrimination viendrait en renfort pour mettre ces politiques en question.

⁸¹ Le 19 mai 2011, la Cour administrative suprême avait, en effet, réformé une première décision de la KZD dans l'affaire Nikolova.