

Délibération n°2009-350 du 5 octobre 2009

Service public – Fonctionnement – Orientation sexuelle - Observations

La haute autorité a été saisie d'une réclamation relative au refus d'agrément en vue d'adoption opposé par le Conseil général du Jura, à la réclamante qui vit avec une compagne. Celle-ci estime que ce refus est fondé sur son orientation sexuelle et qu'il revêt, de ce fait, un caractère discriminatoire. Bien que le Président du Conseil général allègue que les motifs ayant fondé sa décision sont liés, d'une part, au manque d'implication de la compagne de la réclamante dans le projet d'adoption et, d'autre part, aux divergences entre les deux femmes concernant l'âge de l'enfant à adopter, il ressort de l'instruction qu'un autre élément est intervenu, davantage lié aux caractéristiques de la famille de la réclamante. L'appréciation de cet élément par les services sociaux démontre une prise en compte de l'orientation sexuelle de l'intéressée dans l'analyse des qualités de la réclamante à obtenir l'agrément. Cette référence n'étant pas justifiée de manière objective et raisonnable, il en résulte que la décision du Conseil général viole les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La haute autorité, constatant le caractère discriminatoire de la décision du Conseil général du Jura, présentera ses observations devant le Tribunal administratif de Besançon qui a fixé une audience le 13 octobre 2009.

Le Collège :

Vu l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme,

Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme,

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment les articles 11 et 19,

Vu les articles L 225-3 et R 225-4 du code de l'action sociale et des familles,

Vu l'article 343-1 du code civil,

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Sur proposition du Président,

Décide :

Par courrier du 9 février 2009, Madame Emmanuelle B a saisi la haute autorité d'une réclamation relative à la décision de refus d'agrément en vue d'adoption qui lui a été opposée par le Président du Conseil général le 26 janvier 2009.

La réclamante estime que ce refus est fondé sur son orientation sexuelle et qu'il revêt, de ce fait, un caractère discriminatoire.

Mme B et son conseil ont formé un recours pour excès de pouvoir contre cette décision, devant le Tribunal administratif.

Conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 portant création de la haute autorité et à la demande des réclamants, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité présentera devant le Tribunal administratif, à l'audience du 13 octobre 2009, ses observations qui font l'objet de la note annexée ci-après.

Le Président

Louis SCHWEITZER

OBSERVATIONS

Par courrier du 9 février 2009, Madame Emmanuelle B a saisi la haute autorité d'une réclamation relative à la décision de refus d'agrément en vue d'adoption qui lui a été opposée par le Président du Conseil général le 26 janvier 2009.

La réclamante estime que ce refus est fondé sur son orientation sexuelle et qu'il revêt, de ce fait, un caractère discriminatoire.

Mme B, institutrice spécialisée, a sollicité du Conseil général un agrément en vue d'adoption le 28 avril 2008. Sa demande a été faite en tant que personne célibataire de plus de vingt-huit ans, ainsi que l'autorise l'article 343-1 du code civil. Malgré cette démarche d'adoption *individuelle*, elle a informé les services sociaux du fait qu'elle vivait avec une compagne, Mme Laurence R, psychologue scolaire.

Conformément à la procédure prévue aux articles L 225-3 et R 225-4 du code de l'action sociale et des familles (CASF) relatifs aux modalités d'instruction des demandes d'agrément des personnes qui souhaitent adopter, le Président du Conseil général a procédé à des investigations afin de s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondaient bien aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté.

C'est ainsi que plusieurs rapports faisant suite aux entretiens avec la réclamante ont été établis :

- rapport psychologique du 10 octobre 2008 émettant un avis favorable (pièce n°4) ;
- rapport social du 16 octobre 2008 émettant également un avis favorable à l'agrément (pièce n°5)

Au vu de ces différents rapports, la commission d'agrément a procédé à l'audition de Mmes B et R puis a émis un avis défavorable à l'agrément. Par décision du 26 janvier 2009, le Président du Conseil général a refusé de délivrer l'agrément sollicité (pièce n°1) en se fondant directement sur les termes du procès-verbal de la commission (pièce n°2).

Mme B et son conseil ont formé un recours pour excès de pouvoir contre cette décision, devant le Tribunal administratif, lequel a fixé la date d'audience au 13 octobre 2009 (pièce n°3).

Ce n'est pas la première fois que Madame B fait une telle demande d'agrément en vue d'adoption auprès du Conseil général.

Une première décision de refus lui a été opposée le 26 novembre 1998. Cette décision a été annulée par le Tribunal administratif de Besançon, le 24 février 2000, ce qui a eu pour conséquence la délivrance de l'agrément au profit de la réclamante. Toutefois, la Cour d'appel de Nancy, par décision du 21 décembre 2000, a infirmé le jugement, entraînant alors le retrait de l'agrément dont bénéficiait Mme B. Enfin, par décision du 5 juin 2002, le Conseil d'Etat rejetait le pourvoi de la réclamante.

C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme, saisie par Mme B, a pu juger par un arrêt du 22 janvier 2008, que la décision du Conseil général constituait une discrimination fondée

sur l'orientation sexuelle de la réclamante, prohibée par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour, bien que reconnaissant que la référence à l'homosexualité de la requérante était simplement implicite, a considéré que « *l'influence de l'homosexualité de la requérante sur l'appréciation de sa demande [était] avérée* ». Elle avait, à cette occasion, octroyé à la réclamante 10 000 € à titre de réparation et 14 528 € au titre des frais et dépens.

Mme B, forte de cette décision, a sollicité auprès du Président du Conseil général une nouvelle demande d'agrément qui, par décision du 26 janvier 2009 (pièce n°1) a été à nouveau rejetée aux motifs suivants :

- « *différences notables dans le projet d'adoption, notamment au niveau de l'âge de l'enfant* » ;
- « *le positionnement respectif à l'égard de l'enfant n'est pas le même (...) la position de Mme R à l'égard de l'enfant reste ambiguë. En effet, elle montre peu d'engagement affectif vis-à-vis de cet enfant et occupe un rôle de tiers dans cette relation mère-enfant* ».

Le Président du Conseil général a déduit de ces éléments que « *ces divergences [étaient] de nature à compromettre les conditions d'accueil de l'enfant* ».

Certes la décision litigieuse ne fait pas directement référence à l'orientation sexuelle. Il n'en demeure pas moins que la teneur des arguments avancés par le Président du Conseil général, pour fonder sa nouvelle décision de refus en 2009, laisse présumer l'existence d'une discrimination que les justifications du mis en cause, recueillies dans le cadre de l'instruction, n'ont pas suffi à renverser (1).

Le caractère discriminatoire de la décision est pourtant prohibé par les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, combinées à celles de l'article 8 de cette Convention (2)

1. Les termes de la décision du Conseil général, éclairés par ceux de la Commission d'agrément, laissent présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle que les justifications du mis en cause ne permettent pas de renverser.

Les deux principaux arguments avancés par le Président du Conseil général pour fonder sa décision de rejet sont liés au « positionnement de Mme R à l'égard de l'enfant » (a) ainsi qu'à la divergence des deux femmes dans le projet d'adoption, concernant l'âge de l'enfant à adopter (b).

a. Le positionnement de la compagne, Mme R

Il est clairement reproché à Mme R son manque d'implication dans le processus d'adoption. Les termes de la décision du Président du Conseil général en témoignent : « *la position de Mme R à l'égard de l'enfant reste ambiguë* » ; « *peu d'engagement affectif* » ; « *rôle de tiers dans la relation mère-enfant* » (pièce n°1). Dans le procès-verbal de la Commission d'agrément (pièce n°2), il est, en outre, explicitement tenu rigueur à Mme R de ne pas apparaître aussi souvent que Mme B dans les rapports social et psychologique et de « *ne pas avoir signé le questionnaire* » nécessaire à l'instruction de la demande.

En premier lieu, il résulte de l'étude des pièces du dossier, communiquées par le mis en cause, que Mme R a participé à l'ensemble des entretiens nécessaires à l'instruction de la demande d'agrément (pièces n°4 et 5). Ces deux rapports évoquent au contraire à plusieurs reprises l'existence d'un « couple », un « couple réellement complémentaire », formé par deux femmes qui « expriment bien qu'elles désirent toutes les deux un enfant ». Le fait que Mme R soit moins intervenue que sa compagne dans ces échanges résulte sans nul doute du fait qu'elle n'est pas la candidate « officielle » à l'adoption, la loi n'offrant pas cette possibilité aux couples homosexuels. De plus, à supposer même que Mme R n'ait pas signé le questionnaire, elle l'a néanmoins rempli en rayant les mentions « Monsieur » pour les remplacer par « compagne » à chaque page dudit questionnaire (pièce n°6) et il était loisible au Conseil général de faire régulariser cette formalité.

Ces considérations font écho à la décision de refus du 26 novembre 1998 (pièce n°7) dont les termes étaient, à ce titre, éloquents : « *La place qu'occuperait votre amie dans la vie de l'enfant, n'est pas suffisamment claire : même si elle ne semble pas opposée à votre projet, elle n'apparaît pas non plus s'y être impliquée, créant une situation préjudiciable à l'acquisition des repères pour un enfant* ».

Cet argument avait pourtant été jugé non pertinent par la Cour européenne dans son arrêt du 22 janvier 2008 concernant la réclamante (Cf. § 27).

En second lieu, et plus généralement, la pratique consistant à pointer l'absence d'engagement, d'implication et de présence du partenaire de l'adoptant est courante dans une procédure d'agrément, la prise en compte de cet élément allant parfois jusqu'à faire obstacle à une adoption réalisée à titre individuel. Cette pratique n'en est pas moins contraire aux dispositions du code civil qui ouvrent aux célibataires la possibilité de demander l'agrément en vue d'adopter.

De surcroît, l'analyse de la jurisprudence révèle que cette pratique illégale a un impact défavorable sur les célibataires homosexuels candidats à l'adoption. D'une part, parce qu'elle est plus souvent invoquée à leur encontre. D'autre part, parce qu'elle ne produit pas les mêmes effets à leur égard.

Ainsi, bien que les services sociaux considèrent que le célibat n'empêche pas de développer les qualités requises pour adopter un enfant, force est de constater qu'ils se rallient le plus souvent à la perception psychologique classique suivant laquelle les bonnes conditions d'accueil impliquent l'existence d'un couple parental composé d'un homme et d'une femme^[1].

L'analyse du contentieux en matière de refus d'agrément montre, en effet, que l'implication d'une compagne ou d'un compagnon hétérosexuel est étudiée au cas par cas, et assez souplement, par le juge qui est conduit à se demander si le ou la candidate à l'adoption est susceptible de proposer une image de référent paternel ou maternelle à l'enfant accueilli.

[1]

Au contraire, l'analyse du contentieux montre que l'homosexualité du candidat célibataire implique pour le juge la carence, de fait, de référent de l'autre sexe et justifie les refus d'agrément, l'argument de « l'absence d'implication » étant alors avancé. Ainsi :

- une célibataire hétérosexuelle, vivant seule, mais qui affirme ne pas s'opposer à ce qu'il y ait, dans l'avenir, un « référent paternel » pour l'enfant obtient l'agrément^[2] ;
- une célibataire hétérosexuelle, vivant en concubinage mais dont le compagnon, du fait de sa profession, connaîtra des périodes d'absences prolongées (en Afrique), obtient également l'agrément^[3] ;
- en revanche une célibataire homosexuelle, vivant en couple et conduisant manifestement la démarche d'adoption de concert avec sa compagne, se verra refuser l'agrément^[4].

Certains éléments résultant de l'instruction menée par la haute autorité dans ce dossier, illustrent particulièrement ce qui vient d'être développé. En effet, parmi les demandes formulées en 2008 et 2009 auprès du Conseil général, en vue de l'obtention d'un agrément en tant que célibataire, deux décisions favorables méritent d'être rapportées^[5] :

- un agrément a été délivré en janvier 2009 à une femme, Mme P, dont le compagnon n'avait pas fait de demande conjointe à l'agrément : alors même que dans le cadre d'un couple hétérosexuel ayant la possibilité de se marier, le droit autorise l'adoption conjointe, contrairement à la situation de Mmes B et R, le Conseil général n'a pas tenu rigueur à ce couple de l'hésitation du conjoint quant à une implication plus franche dans le projet (pièce n°8) ;

- un autre agrément a été délivré en juillet 2008 à une femme hétérosexuelle, Mlle D qui, au vu des rapports élaborés dans le cadre de l'instruction de sa demande d'agrément et de ses propres termes, « *souhaite partager un jour une vie commune et partager, dans l'amour, un projet parental [avec un homme]* » : là non plus, il n'est pas tenu rigueur à la candidate à l'adoption de cette absence d'altérité et de référent parental autre, comme si le caractère potentiel d'une vie commune avec un homme suffisait à donner les garanties qu'un couple homosexuel, déjà existant, ne donnait pas (pièce n°9).

Par ailleurs, alors même qu'il est légitime d'apprécier les qualités du concubin de l'adoptant susceptible de s'occuper de l'enfant, conformément à l'intérêt de ce dernier, et ce, même dans le cadre d'une démarche individuelle d'adoption, il ne saurait être reproché à ce même concubin, qui n'a pas le droit d'adopter (seuls les couples mariés le peuvent), son manque d'implication dans la démarche. Cela reviendrait en effet à dénier à une personne célibataire tout droit à une

demande d'agrément, ainsi que l'a affirmé la CEDH dans l'arrêt du 22 janvier 2008, *Emmanuelle B. c/France*, concernant justement l'affaire portée par la réclamante (pièce n°10).

Au demeurant, on notera qu'il apparaît pour le moins paradoxal de critiquer le manque d'implication de la compagne de la candidate pour, ensuite, affirmer qu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant de lui offrir une famille atypique : c'est à la fois son absence et sa présence qui lui sont avancées pour justifier le rejet de sa demande.

L'argument du manque d'implication n'est pas directement révélateur, à lui seul, de la prise en compte de l'orientation sexuelle de la réclamante. Son examen ne saurait cependant être réalisé isolément, sans appréciation globale des autres motifs qui ont servi à fonder la décision du Conseil général. Un autre élément prépondérant est en effet intervenu, davantage lié aux caractéristiques de la famille de la réclamante.

Dans le procès verbal de la Commission d'agrément, apparaît en effet une question posée dans le cadre de l'audition à Mmes B et R, et qui a délibérément été retranscrite pour justifier le refus : « *Comment feront-elles face aux difficultés susceptibles d'être rencontrées par l'enfant du fait de l'adoption **mais peut-être aussi en lien avec leur couple** ?* » (pièce n°2).

Si la première partie de la question est totalement étrangère à toute référence à l'orientation sexuelle de la réclamante et vise à vérifier légitimement que la candidate ne minimise pas les effets de l'adoption sur un enfant, la seconde partie interroge directement les intéressées sur les conséquences de leur orientation sexuelle au regard de l'intérêt de l'enfant. Cette référence ne souffre d'aucune ambiguïté compte tenu des termes de la retranscription de la réponse de la réclamante dans le procès verbal de la Commission. Mme B indique qu'elle et sa compagne « *pourraient trouver aussi de l'aide auprès d'une association de gays et lesbiennes, sans militantisme, pour qu'il sache qu'il n'est pas le seul à avoir deux mamans ou deux papas* ».

Il est difficile de ne pas rapprocher la prise en compte de telles considérations, propres à l'orientation sexuelle de Mme B, de celles qui avaient fondé la décision du même Conseil général en 1998. Les termes mêmes du compte rendu de la commission de 1998 montrent que les considérations liées à l'orientation sexuelle de la réclamante étaient, en réalité, prépondérantes et ce, alors même que la décision finale du Président du Conseil général ne comportait aucune mention liée à l'orientation sexuelle : « *si elle avait parlé d'un couple de femmes, cela aurait été peut-être plus facile pour l'accueil d'une petite fille, mais vraiment aberrant pour un garçon* » ; « *ambivalences due à l'existence de relations sexuelles ou pas* ».

b. La divergence dans le projet concernant l'âge de l'enfant à adopter.

Selon le Conseil général, il existerait des divergences entre Mme B et sa compagne sur le projet d'adoption. Compte tenu du contexte dans lequel s'inscrit cette seconde demande d'agrément, sollicitée par un couple vivant ensemble depuis plus de 20 ans, ayant amorcé une démarche en vue d'adopter il y a plus de 10 ans, cet argument paraît pour le moins surprenant.

A supposer même qu'une divergence existe encore entre les deux femmes, il convient de rappeler que, d'une part, seule Mme B est candidate à l'agrément, l'adoption par les couples étant réservée aux conjoints mariés. D'autre part, le fait que la divergence sur l'âge de l'enfant à adopter (entre

6 mois et 4 ans pour Mme R et entre 3 et 4 ans, pouvant aller jusqu'à 8 ans pour Mme B, relevée dans le procès-verbal de la Commission – pièce n°2) serait de nature à « *compromettre les conditions d'accueil de l'enfant* » semble disproportionné au regard du but recherché par l'enquête menée, à savoir la préservation de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'adoption. D'ailleurs, tant le rapport social que le rapport psychologique - dont la finalité est justement d'apprécier les conditions d'accueil de l'enfant – n'y voient de difficultés et émettent un avis favorable à la délivrance de cet agrément (pièces 4 et 5).

En conséquence, alors même que le Président du Conseil général ne fait pas directement mention de l'orientation sexuelle de Mme B, sa décision de refus d'agrément qui ne se différencie en rien de l'avis formulé par la Commission d'agrément, semble néanmoins fondée sur le critère de l'orientation sexuelle. Dans la mesure où la première décision de refus d'agrément opposé à Mme B par le Conseil général, en 1998, a été jugé discriminatoire par la CEDH en 2008, celui-ci ne pouvait en effet plus faire mention de l'orientation sexuelle de l'intéressée, sous peine de censure par le juge. Cependant, les éléments avancés pour fonder la décision ne résistent pas à l'examen des faits, notamment en ce qu'ils entrent en contradiction avec les éléments recueillis lors de l'enquête. Dès lors qu'ils ne sont pas de nature à justifier un tel refus, le détournement de pouvoir semble établi.

En l'absence de faits et d'éléments de droit nouveaux, l'arrêt du 22 janvier 2008 de la CEDH, ayant jugé discriminatoire la décision de refus d'agrément opposée à Mme B par le Conseil général, trouve à s'appliquer :

2. Une discrimination prohibée par les articles 8 et 14 de la CEDH

A ce jour, le droit à l'adoption n'est consacré par aucun texte ou décision juridictionnelle, tant en droit interne qu'eupéen. Qu'il s'agisse en effet du code civil, du code de l'action sociale et des familles, de la Convention internationale des droits de l'enfant ou encore de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, les textes prévoient uniquement le droit de demander un agrément en vue d'adopter. Pour autant, la procédure d'agrément, préalable indispensable pour adopter en France, ne saurait entrer en contradiction avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (a). Il en résulte qu'une différence de traitement opérée dans ce domaine ne saurait être autorisée que si elle est justifiée par un but légitime (b).

a. applicabilité des articles 8 et 14 de la CEDH

Il est de jurisprudence constante que la CEDH ne garantit pas, en tant que tel, un *droit d'adopter*^[6]. Toutefois, dans la mesure où le droit français, lui, autorise toute personne célibataire à entreprendre une démarche de *demande d'adoption*, la décision administrative qui en résulte ne doit pas revêtir un caractère discriminatoire et pour cela se conformer aux stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme selon lesquelles :

[6]

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

Si le critère de l'orientation sexuelle n'est pas explicitement mentionné à l'article 14, celui-ci est, à n'en pas douter, un critère prohibé par l'article 14 et, ce conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a rappelé que *« la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment »^[7]*. Elle a eu l'occasion de l'affirmer explicitement en ce qui concerne le critère de l'orientation sexuelle dans un arrêt récent constatant la violation de la Convention par la France^[8].

Le champ de l'interdiction posée à l'article 14, lequel n'a pas d'existence indépendante, est limité aux droits garantis par la Convention. Afin de retenir la compétence de la haute autorité, l'article 14 pourrait être combiné avec les stipulations de l'article 8 de la Convention qui stipule :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique (...) »

La Cour européenne des droits de l'Homme a défini de manière large le concept de « vie privée » puisque cette dernière englobe notamment l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle^[9] mais aussi le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir^[10].

S'il est vrai que, dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas d'adoption *stricto sensu* mais de la procédure d'accès à l'adoption, il est certain que l'agrément est, en pratique, le préalable nécessaire à l'adoption d'un enfant.

41. En outre, dans la mesure où le code civil confère à une personne célibataire le droit de demander l'agrément en vue d'adopter, la procédure qui y conduit tombe, sans nul doute, sous l'empire de l'article 8 de la Convention^[11].

b. absence de justifications objectives et raisonnables.

Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime.

Il convient donc de déterminer si le fait d'avoir fondé une décision de refus d'agrément sur des considérations liées principalement à l'orientation sexuelle de l'intéressée peut être regardé comme reposant sur un critère objectif et raisonnable eu égard à l'objet de la loi.

Une telle décision de rejet serait susceptible de poursuivre un but légitime si elle se fondait sur la protection de la santé et les droits des enfants potentiellement concernés par une procédure d'adoption. En 2002^[12], lorsque la Cour a eu à répondre à cette question, elle avait, d'une part, relevé la division d'une communauté scientifique partagée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels et, d'autre part, admis la grande marge d'appréciation conférée aux Etats membres pour protéger les intérêts supérieurs des enfants.

Malgré cette grande latitude, la Cour a précisé qu'il appartient aux autorités administratives des Etats de respecter le principe de proportionnalité en apportant des justifications objectives et raisonnables.

Dans le cas d'espèce, il résulte des rapports social et psychologique que Mme B réunissait les capacités éducatives et affectives nécessaires à l'adoption d'un enfant. En témoigne notamment l'enquête psychologique rendue le 10 octobre 2008 (pièce n°4) aux termes de laquelle :

« Mmes B et R semblent former un couple uni et complémentaire, ouvert sur l'extérieur, au sein duquel la parole circule librement. Malgré un modèle de couple différent, le contexte socioculturel et familial élargi est harmonieux (...). Sans idéalisation excessive, elles placent l'enfant au centre de leurs préoccupations. Elles s'inscrivent dans une vraie dynamique de devenir parents adoptifs et d'un désir d'enfant par l'intermédiaire de l'adoption ».

Il en résulte que, au regard de l'examen réalisé par la psychologue et l'assistante sociale, la décision de délivrance d'agrément serait conforme aux exigences tenant à l'intérêt de l'enfant. Partant, l'orientation sexuelle, comme cela a été développé dans la première partie de cette note, est entrée en compte dans l'appréciation finale de la Commission d'agrément et du Conseil général et ce, au détriment de l'examen des qualités propres que détenait la réclamante.

A cet égard, la Cour a rappelé dans l'affaire *Emmanuelle B.* du 22 janvier 2008, concernant le refus d'agrément opposé à la réclamante, Mme B, que *« lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant des droits tombant sous l'empire de l'article 8 de la Convention »* (pièce n°10).

Or, force est de constater que les motifs retenus par le Président du Conseil général concernant le « *positionnement respectif à l'égard de l'enfant* » qu'auraient Mmes B et R, de même que les « *divergences au niveau de l'âge de l'enfant* » ne sauraient constituer une « *raison particulièrement grave et convaincante* » pour justifier un tel refus.

De même que, aussi légitime soit la préoccupation des services sociaux concernant la situation de fait de la réclamante, par l'étude de l'implication de sa compagne dans sa démarche, le fait même que l'orientation sexuelle de la réclamante ait été prise en compte, sans que cela soit justifié, a une incidence sur la légalité de ladite décision. En effet, ainsi que l'a affirmé la CEDH dans l'arrêt du 22 janvier 2008 précité, « *le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* ».

Il ressort de ce qui précède qu'une forte présomption de discrimination à raison de l'orientation sexuelle pèse sur la décision du Conseil général, lequel n'est pas parvenu, au cours de l'instruction, à apporter des éléments suffisamment convaincants pour établir que sa décision de refus d'agrément ne se fondait pas, en réalité, sur l'orientation sexuelle de la réclamante.

Or s'il est habituel pour la Cour de Justice des communautés européennes de réaliser un aménagement de la preuve lorsqu'il existe une présomption de discrimination, la Cour européenne des droits de l'Homme, elle, fait preuve d'une plus grande sévérité dans les standards de preuves qu'elle exige. Toutefois, elle a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de faire peser sur les gouvernements la démonstration de la justification de la différence de traitement^[13].

La Cour a, en outre, admis que la procédure prévue par la Convention ne se prêtait pas toujours à une application rigoureuse du principe selon lequel la preuve incombe à celui qui affirme^[14]. En effet, dans certaines circonstances, lorsque les événements en cause, dans leur totalité ou pour

^[1] D. BORILLO et Th. FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La documentation française, Paris 2007, p.181

^[2] Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, *Département de la Saône-et-Loire*

^[3] Conseil d'Etat, 23 mai 2001, *Département de la Seine-et-Marne*

^[4] Conseil d'Etat, 9 octobre 1996, *Fretté*

^[5] Il convient de préciser que, sur les quatre demandes d'agrément en vue d'adopter sollicitées en tant que célibataires auprès du Conseil général, seule Mme B s'est vue opposer un refus

^[6] Commission, 10 juillet 1997, *Di Lazzaro c/Italie* ; CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/France*

^[7] CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*

^[8] CEDH, 22 janvier 2008, *précité*

^[9] Voir par exemple, CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*

^[10] CEDH, 2007, *Evans C. Royaume-Uni*

^[11] CEDH, 22 janvier 2008, *précité*

^[12] CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*

^[13] Voir, par exemple, CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France* [GC], n^{os} 25088/94, 28331/95 et 28443/95

^[14] CEDH, 24 avril 2003, *Aktaş c. Turquie*

^[15] CEDH, 27 juin 2000, *Salman c. Turquie* [GC], n^o 21986/93

une large part, sont connus exclusivement des autorités, la charge de la preuve pèse selon la Cour sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante^[15].

Elle a plus récemment réitéré cette démarche en reconnaissant « *l'existence d'une présomption de discrimination* » dans l'affaire *D.H. et autres c. République Tchèque* du 13 novembre 2007.

Il résulte de ce qui précède que la décision du Président du Conseil général a été prise en violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et présente un caractère discriminatoire.
