



Doc. 12778

25 octobre 2011

La Déclaration de principes sur l'égalité et l'action du Conseil de l'Europe

Rapport¹

Commission des questions juridiques et des droits de l'homme

Rapporteur: M. Boriss CILEVIČS, Lettonie, Groupe socialiste

Résumé

Le rapport analyse la notion des droits à l'égalité et à la non-discrimination qui, pendant longtemps, ont été considérés comme des droits de l'homme purement accessoires, aussi bien par le Conseil de l'Europe que par ses Etats membres.

Au niveau européen, la protection contre la discrimination n'est pas parfaite et les écarts sont nombreux entre Etats membres et non membres de l'Union européenne, et au sein des membres de l'Union européenne eux-mêmes. La majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe n'a pas encore ratifié le Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, qui contient une interdiction générale de discrimination, souvent pour des raisons anachroniques et peu convaincantes.

Aujourd'hui, l'égalité doit être considérée comme un droit effectif à part entière. Les Etats devraient adopter et mettre en œuvre une législation visant à supprimer les discriminations et à promouvoir l'égalité à tous les niveaux, en particulier à travers une «action positive».

La «Déclaration de principes sur l'égalité», publiée en 2008 et rédigée sur la base d'un consensus entre experts internationaux, définit l'égalité et le principe de non-discrimination comme des droits fondamentaux et autonomes. Elle peut ainsi servir de repère au Conseil de l'Europe et aux législateurs nationaux pour la mise en place de normes et de politiques d'égalité plus progressistes.

1. Renvoi en commission: [Doc. 12022](#), Renvoi 3609 du 2 octobre 2009.



Sommaire	Page
A. Projet de résolution	3
B. Projet de recommandation	5
C. Exposé des motifs, par M. Cilevičs, rapporteur	6
1. Procédure suivie à ce jour	6
2. Objectif du présent rapport	6
3. La non-discrimination et l'égalité, piliers du système moderne de protection des droits de l'homme	7
3.1. Le concept universel d'égalité et sa valeur ajoutée	7
3.2. Instruments internationaux	7
3.3. Instruments du Conseil de l'Europe sur la non-discrimination et l'égalité	8
3.4. La lutte contre la discrimination dans le droit et les politiques de l'Union européenne	12
3.5. Protection par le droit de l'Union européenne et par la Convention européenne des droits de l'homme: comparaison	14
4. Législation nationale et problèmes de mise en œuvre de la notion de non-discrimination en droit national	14
5. La Déclaration de principes sur l'égalité	15
6. Conclusion	17

A. Projet de résolution²

1. L'Assemblée parlementaire réaffirme l'importance cruciale des principes d'égalité et de non-discrimination, qui constituent une partie essentielle de la protection internationale des droits de l'homme et sont déjà consacrés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.
2. A plusieurs occasions, l'Assemblée s'est fermement prononcée en faveur de la lutte contre toutes les formes d'inégalité et de discrimination touchant diverses personnes et catégories de personnes, dont les groupes vulnérables comme les minorités nationales ou les personnes handicapées. Elle a notamment appelé tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, dans sa [Résolution 1547 \(2007\)](#) sur la situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe, à lutter efficacement contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'origine raciale, ethnique ou religieuse, le genre ou l'orientation sexuelle, et à mieux protéger les droits des personnes appartenant à des minorités nationales et à d'autres minorités.
3. L'Assemblée rappelle que le 1er avril 2005, le Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (STE no 177) est entré en vigueur, élargissant le champ d'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (STE no 5, «la Convention»). Le Protocole no 12 énonce l'interdiction générale de la discrimination dans «la jouissance de tout droit prévu par la loi».
4. A ce jour, cependant, seuls 18 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié cet instrument. Dix-neuf autres Etats l'ont signé mais ne l'ont pas ratifié. L'Assemblée souligne que la ratification du Protocole no 12 par tous les Etats Parties à la Convention européenne des droits de l'homme est nécessaire pour assurer le plein respect du principe de non-discrimination dans toute l'Europe et pour aligner les normes anti-discrimination du Conseil de l'Europe sur les normes universelles existantes en matière de protection des droits de l'homme.
5. L'Assemblée appelle donc de nouveau les Etats parties à la Convention qui ne l'ont pas encore fait à signer et/ou à ratifier le Protocole no 12 sans réserves ni déclarations restrictives.
6. L'Assemblée considère que la pleine réalisation du principe d'égalité requiert non seulement des mesures législatives, mais aussi l'adoption et la mise en œuvre de politiques visant à supprimer et à prévenir des inégalités de fait et à protéger les groupes vulnérables (comme les minorités nationales, les personnes handicapées ou les migrants) des pratiques discriminatoires.
7. L'Assemblée salue les efforts des organisations non gouvernementales (ONG) et des experts internationaux pour conforter l'idée d'égalité et de non-discrimination, et en particulier la «Déclaration de principes sur l'égalité» (ci-après «la Déclaration»), publiée en octobre 2008. Signée à l'origine par 128 personnalités de 44 pays (juristes, universitaires et militants des droits de l'homme), dont le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, la Déclaration a reçu depuis le soutien de centaines d'autres signataires (organisations et particuliers).
8. L'Assemblée note que la Déclaration définit l'égalité et le principe de non-discrimination comme des droits humains fondamentaux et autonomes; elle devrait par conséquent orienter les normes et les politiques progressistes en matière d'égalité au XXI^e siècle.
9. En conséquence, l'Assemblée appelle les Etats membres du Conseil de l'Europe:
 - 9.1. à identifier et à abolir les dispositions de loi obsolètes générant ou permettant la discrimination envers les personnes appartenant à des groupes défavorisés;
 - 9.2. à adopter une législation égalitaire efficace, visant à supprimer la discrimination et à promouvoir l'égalité. Cette législation devrait notamment:
 - 9.2.1. identifier les comportements discriminatoires et, le cas échéant, pénaliser les infractions;
 - 9.2.2. établir des voies de recours effectifs accessibles aux victimes de discrimination présumées;
 - 9.2.3. couvrir tous les motifs de discrimination pertinents et toutes les formes de discrimination, dans leur multiplicité et leur complexité;

2. Projet de résolution adopté par la commission le 6 juin 2011.

9.2.4. instaurer des organismes forts et indépendants de lutte contre la discrimination et de promotion de l'égalité;

9.3. à promouvoir et à développer des politiques efficaces en faveur de l'égalité, en particulier par l'application de mesures positives à l'attention des groupes défavorisés;

9.4. à développer et mettre en œuvre des mesures de lutte contre la discrimination, en étroite concertation et coopération avec la société civile.

10. L'Assemblée appelle les Etats membres à tenir compte des principes affirmés dans la Déclaration au moment d'adopter une législation et des politiques en faveur de l'égalité et contre la discrimination.

B. Projet de recommandation³

1. Se référant à sa Résolution ... (2011) sur la Déclaration de principes sur l'égalité et l'action du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire recommande aux Comités des Ministres:

1.1. d'accroître ses efforts en vue de la ratification rapide du Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (STE no 5) par les Etats membres qui n'y ont pas encore procédé;

1.2. de diffuser des informations sur les bonnes pratiques dans l'application de politiques visant à lutter contre la discrimination et les inégalités;

1.3. de veiller à ce que la Déclaration soit prise en compte dans les travaux des différents organes et groupes d'experts du Conseil de l'Europe traitant des questions d'égalité et de non-discrimination;

1.4. de promouvoir la Déclaration dans ses échanges avec les acteurs extérieurs, et notamment avec les responsables de l'élaboration des politiques des Etats membres du Conseil de l'Europe.

2. En outre, rappelant la nécessité d'harmoniser l'interprétation et la mise en œuvre du droit à l'égalité et à la non-discrimination, l'Assemblée recommande au Comité des Ministres:

2.1. de renforcer sa coopération avec l'Union européenne sur la consolidation des normes en matière de lutte contre la discrimination et de promotion de l'égalité;

2.2. de poursuivre sa coopération avec les autres organisations internationales, dont notamment l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), les Nations Unies et son Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, afin de parvenir à des interprétations cohérentes des principes d'égalité et de non-discrimination et à la mise en œuvre de politiques communes dans le domaine de la lutte contre la discrimination et les inégalités.

3. Projet de recommandation adopté par la commission le 6 juin 2011.

C. Exposé des motifs, par M. Cilevičs, rapporteur

1. Procédure suivie à ce jour

1. La proposition de résolution intitulée «La Déclaration de principes sur l'égalité et l'action du Conseil de l'Europe» a été transmise le 2 octobre 2009 à la commission des questions juridiques et des droits de l'homme pour rapport⁴. La commission m'a nommé rapporteur lors de sa réunion du 16 novembre 2010.
2. Lors de sa réunion du 8 mars 2011, la commission a tenu une audition avec les experts suivants:
 - M. Frédéric Edel, docteur en droit, chercheur, Ecole nationale d'administration, France;
 - Mme Dimitrina Petrova, directrice exécutive, The Equal Rights Trust, Royaume-Uni;
 - M. Michal Gondek, juriste, Direction générale Justice, Commission européenne.

2. Objectif du présent rapport

3. Le droit à l'égalité devant la loi et celui à la protection contre la discrimination occupent une place fondamentale dans le droit international des droits de l'homme. Le droit à l'égalité est au cœur du système des droits de l'homme, à la fois en soi et en tant que droit subsidiaire – lié à tous les autres droits de l'homme qui doivent être appliqués sans discrimination. Bien que non synonymes, les termes d'«égalité» et de «non-discrimination» sont étroitement liés. Au sens formel, le principe d'égalité exige que des situations égales soient traitées de manière égale et des situations inégales de manière différente; toute atteinte à cet égard est considérée comme une discrimination, à moins qu'elle ne se justifie par des motifs objectifs et raisonnables⁵. Le terme «discrimination» va normalement de pair avec la différence. En droit, le mot désigne généralement le fait de traiter une personne ou un groupe de personnes différemment des autres, à leur détriment⁶.

4. La Convention européenne des droits de l'homme (STE no 5, «la Convention») ne cite pas expressément l'«égalité» comme un droit autonome: elle n'impose l'égalité et la non-discrimination que pour la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention (article 14). La jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme («la Cour») sur les questions de discrimination est assez modeste. Ce n'est qu'avec l'adoption du Protocole no 12 à la Convention que le champ du principe de non-discrimination a été élargi à «tout droit prévu par la loi» et que le principe d'égalité a été clairement mentionné (uniquement dans le préambule du protocole, toutefois). Malheureusement, et malgré les efforts constants du Conseil de l'Europe et en particulier de l'Assemblée à cet effet, la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe n'a pas encore ratifié le Protocole no 12.

5. Le principe d'égalité figure dans les constitutions de la plupart des Etats et dans la législation de tous les Etats européens, notamment membres de l'Union européenne, sous la forme de dispositions générales interdisant la discrimination. Cependant, ces dispositions, souvent déclaratives et fragmentaires, ne couvrent pas tous les motifs de discrimination. Comme le montrent des études et enquêtes récentes, la discrimination reste un problème répandu dans toute l'Europe, même au sein de l'Union européenne, qui a développé un fort niveau de protection dans certains domaines⁷. D'après le rapport 2010 de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, par exemple, les membres de minorités ethniques sont en moyenne presque cinq fois plus susceptibles de souffrir de discrimination multiple que les membres de la population majoritaire, et la discrimination multiple menace aussi particulièrement les personnes ayant de faibles revenus. Le récent rapport du Groupe de personnalités éminentes du Conseil de l'Europe intitulé «Vivre ensemble: conjuguer diversité et liberté dans l'Europe du XXIe siècle» rappelle que la discrimination est particulièrement répandue dans des domaines tels que l'emploi, le logement, l'éducation, les soins de santé, les services sociaux et les actions de la police et des tribunaux⁸. L'exclusion sociale des Roms due à un fort taux de chômage, le placement des enfants roms dans des écoles spéciales, la restriction de l'accès des migrants aux prestations sociales ou le fait que les membres de minorités soient soumis de manière

4. Doc. 12022 et Renvoi 3609.

5. Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE no 177), rapport explicatif, paragraphe 14.

6. Equal Rights Trust, «The Ideas of Equality and Non-Discrimination: Formal and Substantive Equality», p. 1, www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20Ideas%20of%20Equality%20and%20Non-discrimination,%20Formal%20and%20Substantive%20Equality.pdf.

7. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, rapport 2010: «EU-MIDIS, Enquête sur les minorités et la discrimination dans l'Union européenne, Données en bref: la discrimination multiple», p. 4.

8. Voir p. 18: www.coe.int/t/dc/files/source/20110511_Report_GEP_en.doc (en anglais uniquement).

disproportionnée aux contrôles de police sont des exemples flagrants de ces mauvaises pratiques. Ces phénomènes isolent les groupes défavorisés du reste de la société et sont contraires aux principes fondamentaux défendus par le Conseil de l'Europe.

6. Dans un effort remarquable pour moderniser et synthétiser les normes juridiques relatives à la non-discrimination et à l'égalité, plusieurs experts de premier plan (dont Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe) réunis sous les auspices d'une organisation non gouvernementale (ONG) internationale indépendante, «The Equal Rights Trust», ont élaboré une «Déclaration de principes sur l'égalité»⁹ (ci-après, «la déclaration»), publiée en octobre 2008. La déclaration expose les principes juridiques applicables et met en avant la substance du droit fondamental à l'égalité. Elle couvre des points essentiels puisqu'elle définit le champ d'application du droit à l'égalité, ses bénéficiaires, les acteurs auxquels incombe son application, ainsi que les obligations et interdictions liées à ce droit et leur mise en œuvre.

7. Compte tenu de l'importance des principes d'égalité et de non-discrimination pour la réalisation des objectifs statutaires du Conseil de l'Europe, j'ai décidé dans le présent rapport d'étudier la déclaration plus en détail, de promouvoir ses principes et de formuler quelques propositions pour améliorer, lorsque nécessaire, les instruments juridiques existants et l'efficacité de leur application. Avant de tirer des conclusions définitives, j'examinerai également de près le cadre juridique européen et international existant sur les principes d'égalité et de non-discrimination. Dans ce contexte, il sera aussi utile de s'interroger sur les raisons pour lesquelles de nombreux pays n'ont pas ratifié le Protocole no 12 à la Convention; depuis son entrée en vigueur en 2005, on compte en fait trop peu de nouvelles ratifications.

3. La non-discrimination et l'égalité, piliers du système moderne de protection des droits de l'homme

3.1. Le concept universel d'égalité et sa valeur ajoutée

8. Les principes d'«égalité» et de «non-discrimination» ont fait l'objet d'une foule d'interprétations. L'égalité est traditionnellement comprise comme une égalité formelle, à savoir l'application des mêmes règles à tous; ce n'est que récemment qu'une définition plus complexe a vu le jour¹⁰. L'acception la plus répandue de la notion d'égalité reste celle d'égalité formelle, liée à la maxime attribuée à Aristote selon laquelle «les choses égales doivent être traitées de manière égale¹¹». Autre acception de l'égalité, la notion d'«égalité des chances» s'écarte de cette définition traditionnelle et repose en partie sur un modèle de justice distributive qui suggère que des mesures devraient être prises pour rectifier les discriminations passées, mais cherche dans le même temps à limiter l'application d'une justice *pleinement* distributive (plusieurs ordres juridiques reflètent le principe de l'égalité des chances, dont les directives antidiscrimination de l'Union européenne¹²). L'idée d'«égalité de résultats», par opposition à l'égalité des chances, tente de donner un tour plus interventionniste au principe d'égalité en cherchant à le faire appliquer selon un précepte moral (à savoir qu'il est souhaitable que certains produits de base soient équitablement répartis), en passant notamment par un éventail de politiques et de mécanismes juridiques contraignants dont des quotas stricts (cette approche a été adoptée dans certains domaines aux Etats-Unis et en Irlande du Nord, concernant l'égalité raciale et l'égalité entre catholiques et protestants)¹³. Certaines politiques de répartition des revenus et des perspectives d'éducation en fonction de la classe sociale appliquées en ex-URSS et dans d'autres économies dites socialistes obéissaient également à ce principe.

3.2. Instruments internationaux

9. Dans le système des droits de l'homme, l'égalité découle de la notion de dignité humaine; elle est liée aux notions d'égalité des chances et, selon certains, d'égalité de résultats¹⁴. L'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹⁵ dispose que «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits», et son article 7 réaffirme le principe général d'égalité et de non-discrimination¹⁶. Bien que cette déclaration n'ait pas force de loi, elle a influencé les autres instruments

9. www.equalrightstrust.org/endorse/index.htm.

10. Equal Rights Trust, «The Ideas of Equality and Non-Discrimination: Formal and Substantive Equality», *op. cit.*, p. 1.

11. *Ibid.*, p. 2.

12. *Ibid.*, p. 3.

13. *Ibid.*, p. 4 et 5.

14. *Ibid.*, p. 6.

15. www.un.org/fr/documents/udhr/.

16. «Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination».

internationaux des droits de l'homme. Ainsi, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966¹⁷ reconnaît le droit à l'égalité et à la non-discrimination comme un droit autonome¹⁸.

10. Certains instruments internationaux imposent aux Etats parties de prendre des mesures spécifiques pour promouvoir l'égalité, en raison de l'existence de groupes ou de catégories de personnes qui sont défavorisés de fait. Aux termes de l'article 4.2 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (STE no 157), par exemple, les Etats parties s'engagent à adopter des mesures pour promouvoir l'égalité entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité. Ces mesures ne sont pas considérées comme un acte de discrimination contre la population majoritaire (article 4.3 de la convention-cadre). On trouve des dispositions comparables dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965¹⁹ (articles 1.4 et 2.2) et dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979²⁰ (article 4, paragraphe 1).

11. La Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a placé la non-discrimination au cœur de son mandat. Dans son rapport annuel 2009, elle cite parmi ses thèmes prioritaires «la lutte contre la discrimination, en particulier la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée, contre la discrimination fondée sur le sexe ou le handicap, et contre la discrimination à l'égard des groupes autochtones et des minorités nationales, et à l'égard de tous les groupes marginalisés en général»²¹.

3.3. Instruments du Conseil de l'Europe sur la non-discrimination et l'égalité

3.3.1. La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

3.3.1.1. Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme

12. La Convention européenne des droits de l'homme comprend une disposition interdisant la discrimination (article 14), mais qui ne s'applique qu'à la jouissance des droits reconnus dans la Convention²². La liste des motifs de discrimination interdits n'est pas exhaustive (l'article 14 interdit la discrimination fondée sur «toute autre situation²³») et peut être complétée au cas par cas. En vertu de la Convention, toute personne relevant de la juridiction d'un Etat partie doit être protégée contre la discrimination (article premier).

13. Compte tenu de la formulation de l'article 14, la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvait traiter le droit à la non-discrimination que de façon accessoire, c'est-à-dire combinée avec d'autres droits matériels inscrits dans la Convention (tels que le droit à la vie, le droit au respect de la vie privée et familiale ou la liberté de pensée, de conscience et de religion). La Cour n'est pas compétente pour examiner les plaintes pour discrimination concernant des droits non protégés par la Convention. De ce fait, la jurisprudence pertinente accorde une place disproportionnée à la signification centrale qu'il convient de donner au principe de non-discrimination. La Cour a cependant adopté une interprétation large de l'article 14. Premièrement, elle peut constater une violation de l'article 14 de la Convention même lorsqu'elle ne conclut pas à la violation du droit matériel²⁴. Deuxièmement, son interprétation peut dépasser la lettre de l'article 14 lorsque les faits se rapportent à l'un des domaines couverts par la Convention²⁵.

17. www.humanrights.ch/home/fr/Instruments/ONU-Traites/Pacte-II/idcatart_29-content.html.

18. «Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation».

19. www2.ohchr.org/french/law/cerd.htm.

20. www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/fconvention.htm.

21. www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.26_fr.pdf.

22. «Article 14 – Interdiction de discrimination. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

23. Comme la paternité (*Weller c. Hongrie*, Requête no 44399/05, arrêt du 31 mars 2009), le statut marital (*Petrov c. Bulgarie*, Requête no 15197/02, arrêt du 22 mai 2008) ou l'appartenance à une organisation (*Danilenkov et autres c. Fédération de Russie*, Requête no 67336/01, arrêt du 30 juillet 2009).

14. Dans sa jurisprudence sur l'article 14, la Cour définit le terme «discrimination» et précise bien que toutes les distinctions ou différences de traitement n'entrent pas dans cette définition. D'après la Cour, «une distinction est discriminatoire si elle "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'y a pas de "rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"»²⁶. Elle note aussi que «certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait»²⁷. En outre, dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*²⁸, la Cour affirme que, dans certaines circonstances, le fait de ne pas appliquer un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes peut aussi être contraire au principe de non-discrimination²⁹.

15. Depuis l'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie*³⁰ en 2005, la Cour applique aux affaires concernant l'article 14 de la Convention le concept des «obligations positives», selon laquelle les Etats sont tenus de prendre des mesures «législatives, réglementaires ou autres» visant à établir une égalité plus grande ou plus effective³¹.

16. Même si le nombre d'affaires portant sur l'article 14 est en augmentation constante ces dernières années, en particulier concernant la discrimination raciale³², cette disposition a toujours été traitée comme accessoire et n'est pas considérée comme suffisante pour lutter contre la discrimination en Europe. Comme l'a relevé M. Edel lors de l'audition de mars 2011, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a toujours été peu ambitieuse, du moins jusqu'en 2000. Le principe établi dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* n'a plus été appliqué dans aucune affaire depuis. Ce n'est qu'en 2004 que la Cour a constaté une violation de l'article 14 pour des raisons de race/d'origine ethnique³³, et elle n'invoque la discrimination indirecte (à savoir les cas où une législation ou une pratique apparemment neutre désavantage excessivement un groupe particulier sans justification raisonnable) que dans l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque*³⁴.

17. Certaines violations du principe de non-discrimination découlaient clairement des lacunes de la législation nationale (voir par exemple *Marckx c. Belgique*³⁵, *Mazurek c. France*³⁶, *Chassagnou et autres c. France*³⁷ et *Andrejeva c. Lettonie*³⁸). A la suite de ces affaires, les pays concernés ont été obligés d'abroger ou de modifier les lois existantes pour appliquer les arrêts définitifs de la Cour (conformément à l'article 46 de la Convention)³⁹.

24. Par exemple dans *E.B. c. France*, Requête no 43546/02, arrêt (Grande chambre) du 22 janvier 2008. Dans cette affaire, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) en raison du refus des tribunaux français d'autoriser une personne homosexuelle à adopter, refus qui se fondait avant tout sur l'orientation sexuelle de la requérante.

25. Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme (Conseil de l'Europe), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination* (ci-après «Manuel»), Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2011, p. 71. Voir par exemple *Carson et autres c. Royaume-Uni*, Requête no 42184/05, arrêt (Grande chambre) du 16 mars 2010; dans cette affaire, la Cour a estimé que, bien que la Convention ne garantisse pas le droit aux prestations de sécurité sociale ou au versement d'une pension, dès lors que l'Etat lui-même décide de garantir un tel droit, cela engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole no 1 à la Convention (protection de la propriété).

26. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Requêtes nos 9214/80, 9473/81 et 9474/81, arrêt du 28 mai 1985.

27. *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, arrêt du 23 juillet 1968, Requêtes nos 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64.

28. *Thlimmenos c. Grèce*, arrêt (Grande chambre) du 6 avril 2000, Requête no 34369/97, paragraphe 44.

29. On notera également que, bien que l'article 14 de la Convention porte sur le «principe de discrimination», la Cour utilise parfois des expressions comme le «principe d'égalité» ou l'«égalité de traitement»; voir *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, *op. cit.*, paragraphe 34.

30. *Natchova et autres c. Bulgarie*, arrêt (Grande chambre) du 6 juillet 2005, Requête no 43577/98.

31. Pour une analyse plus détaillée de ce point, voir Edel F., *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme* («Dossiers sur les droits de l'homme», no 22), Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010, p. 79-92.

32. Voir entre autres *Moldovan et autres c. Roumanie*, no 2, arrêt du 12 juillet 2005, Requêtes nos 41138/98 et 64320/01; *D.H. et autres c. République tchèque*, Requête no 57325/00, arrêt (Grande chambre) du 13 novembre 2007.

33. *Natchova et autres c. Bulgarie*, arrêt du 26 février 2004, Requête no 43577/98.

34. *D.H. et autres c. République tchèque*, *op. cit.*

35. Arrêt du 13 juin 1979, Requête no 6833/74.

36. Arrêt du 1er février 2000, Requête no 34406/97.

37. Arrêt du 29 avril 1999, Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

38. Arrêt du 18 février 2009, Requête no 55707/00.

39. Résolution DH(88)3 du Comité des Ministres relative à l'affaire *Marckx c. Belgique*, 4 mars 1988.

3.3.1.2. Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme

18. L'adoption du Protocole no 12 à la Convention, aboutissement de débats sur les moyens de renforcer notamment l'égalité raciale et l'égalité hommes-femmes⁴⁰, a ouvert une nouvelle phase dans le développement du cadre juridique du Conseil de l'Europe sur l'égalité et la non-discrimination. Le Protocole no 12 élargit l'interdiction de discrimination en garantissant l'égalité de traitement dans la jouissance de tous les droits. Alors que jusqu'ici cette interdiction ne s'appliquait qu'en lien avec les droits garantis par la Convention, le Protocole crée un droit autonome à ne pas subir de discrimination. D'après le rapport explicatif, cette disposition porte sur la discrimination:

- a. dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national;
- b. dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, c'est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière;
- c. de la part des autorités publiques du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (par exemple l'octroi de certaines subventions);
- d. du fait d'autres actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple le comportement des responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute).

19. Le Protocole no 12 protège clairement les particuliers des actes discriminatoires de l'Etat; mais la question de savoir s'il a un effet «transversal», c'est-à-dire s'il s'applique aussi aux relations entre particuliers, reste pour le moment ouverte⁴¹. Toutefois, selon le rapport explicatif, une telle interprétation n'est pas exclue dans les situations dans lesquelles l'Etat a son mot à dire, «par exemple: le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à la disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité⁴²».

20. Le préambule du Protocole no 12, dans son premier considérant, mentionne clairement «le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi⁴³». Il confirme que les Etats membres sont résolus à promouvoir ce principe par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention (deuxième considérant). Le troisième considérant du préambule réaffirme, comme certains instruments internationaux (voir le paragraphe 10 ci-dessus), que «le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable». L'adoption de telles mesures n'est cependant pas obligatoire.

21. A ce jour, la Cour européenne des droits de l'homme n'a examiné que deux affaires au regard de l'article 1 du Protocole no 12⁴⁴ et n'a conclu à la violation de cette disposition que dans une seule, *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, dans laquelle les requérants, respectivement d'origine juive et rom, n'avaient pas été autorisés à se présenter à l'élection présidentielle⁴⁵. La Cour a jugé que cette situation constituait une discrimination raciale, confirmant que l'article 1 du Protocole no 12 créait une «interdiction générale de la discrimination» et ne voyait aucune raison de s'écarter de son interprétation constante concernant l'article 14 de la Convention⁴⁶. Elle a réaffirmé également que «la discrimination raciale constitue une forme de discrimination particulièrement odieuse qui, compte tenu de la dangerosité de ses conséquences, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités⁴⁷».

40. Le projet de protocole était particulièrement soutenu par la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), qui jugeait que la Convention n'offrait pas une protection suffisante contre la discrimination raciale.

41. Voir Edel F., *op. cit.*, p. 42.

42. Rapport explicatif, paragraphe 28.

43. Selon F. Edel, il est assez étrange que cette phrase n'ait pas été placée dans l'article premier du Protocole no 12. Cela pourrait s'expliquer par l'effet de répétition ou d'accumulation créé par le deuxième considérant du préambule. Il ressort des travaux préparatoires que le désaccord entre experts ne portait pas tant sur le résultat visé par ce nouveau protocole que sur les moyens d'atteindre ce résultat. Edel F., *op. cit.*, p. 40.

44. *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, Requêtes nos 27996/06 et 34836/06, arrêt du 22 décembre 2009, et *Savez Crkava «Rijec Zivota» et autres c. Croatie*, Requête no 7798/08, arrêt du 9 décembre 2010.

45. Conformément à un accord de partage du pouvoir entre les trois principaux groupes ethniques (Bosniaques, Serbes et Croates), seuls les candidats s'identifiant à un de ces groupes pouvaient se présenter aux élections.

46. *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, paragraphe 55.

47. *Ibid.*, paragraphe 43.

22. Nous surveillerons avec intérêt l'évolution de la jurisprudence sur le Protocole no 12, en particulier concernant l'interprétation de l'expression «tout droit prévu par la loi» et l'application du principe de non-discrimination aux situations concernant des parties privées du fait de l'échec de l'Etat à remplir ses obligations positives découlant de la Convention.

3.3.1.3. Etat des ratifications du Protocole no 12

23. La plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe, ce qui est à déplorer, n'ont pas encore ratifié le Protocole no 12. Cet instrument n'a pour l'instant été ratifié que par 18 Etats membres du Conseil de l'Europe dont sept sont membres de l'Union européenne (Chypre, l'Espagne, la Finlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Roumanie et la Slovénie). Il n'a donc été ratifié que par deux membres fondateurs du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, le Luxembourg et les Pays-Bas. La plupart des pays ayant ratifié cet instrument sont des Etats membres récents du Conseil de l'Europe (Albanie, Andorre, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Croatie, «l'ex-République yougoslave de Macédoine», Géorgie, Monténégro, Roumanie, Saint-Marin, Serbie et Ukraine). Pour la majorité d'entre eux, la ratification du Protocole no 12 faisait partie des engagements officiels pris lors de leur adhésion au Conseil de l'Europe et elle a été soumise à la procédure de suivi du respect par les Etats de leurs obligations et engagements⁴⁸.

24. Fait particulièrement frappant, huit des dix pays qui n'ont pas signé le Protocole no 12 sont membres de l'Union européenne (Bulgarie, Danemark, France, Lituanie, Malte, Pologne, Royaume-Uni et Suède) et certains d'entre eux sont non seulement des démocraties de longue date, mais aussi des Etats fondateurs du Conseil de l'Europe (Danemark, France, Royaume-Uni et Suède).

3.3.1.4. Raisons possibles de la non-ratification du Protocole no 12

25. L'état des ratifications du Protocole no 12 montre que les Etats membres de l'Union européenne n'ont pas tous pris les mêmes engagements de lutte contre la discrimination au niveau européen. Les Etats membres de l'Union européenne qui refusent de signer et/ou de ratifier le Protocole no 12 se justifient souvent par l'existence de dispositions antidiscrimination dans la législation de l'Union européenne. Certains Etats se montrent également réticents à signer et/ou ratifier le Protocole no 12 parce qu'ils jugent que leur droit national offre une meilleure protection contre la discrimination (comme le Royaume-Uni), ou parce qu'ils ne peuvent prévoir l'interprétation que la Cour donnera du Protocole no 12 à l'avenir et craignent un alourdissement de la charge de travail de la Cour. Certains Etats disent ainsi attendre qu'une réforme de la Cour ait été menée à bien pour ratifier le protocole⁴⁹.

26. Concernant les raisons de la non-ratification du Protocole no 12, j'aimerais revenir à ce que M. Edel a souligné lors de l'audition de mars 2011: du fait de la jurisprudence et de l'histoire, l'égalité est un concept qui fait peur aux Etats membres. Comme le Protocole no 12 a une portée très générale et couvre tous les actes de toutes les autorités publiques, les Etats membres craignent peut-être que la Cour européenne des droits de l'homme devienne une nouvelle juridiction d'appel. Cependant, comme M. Edel l'a démontré de manière convaincante, ces craintes sont infondées. Premièrement, la plupart des affaires de discrimination portées devant la Cour ont été jugées irrecevables. Deuxièmement, bien que l'étendue des obligations découlant du Protocole no 12 reste incertaine, son interprétation s'alignera sur celle de l'article 14 de la Convention. Troisièmement, même si le critère judiciaire permettant de décider s'il y a eu discrimination reste abstrait et formel (présence ou non d'une «justification objective et raisonnable»), la Cour est restée jusqu'ici très prudente. Les seules avancées majeures ont concerné les inégalités entre enfants nés de parents mariés et non mariés⁵⁰.

3.3.2. Autres instruments du Conseil de l'Europe

3.3.2.1. Autres conventions

27. L'article 20 de la Charte sociale européenne révisée (STE no 163) et son article E (partie V) prévoient le droit à l'égalité des chances et à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe. On trouve également des dispositions interdisant la discrimination dans la

48. http://assembly.coe.int/Conferences/2010Limassol/Principedendiscrimination_F.pdf.

49. *Actes du Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme* (ci-après «actes du séminaire»), Strasbourg, 11 octobre 2005, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 104.

50. Par exemple dans *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (STE no 157) (articles 4, 6.2 et 9), dans la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains (STCE no 197) (article 2.1) et dans la Convention sur l'accès aux documents publics (STCE no 205).

3.3.2.2. Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)

28. La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance a été créée sur une décision prise au Sommet de Vienne, le 9 octobre 1993. Il s'agit d'un organisme de suivi indépendant placé sous l'égide du Conseil de l'Europe, composé d'experts indépendants. Ses missions consistent à combattre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance sous l'angle de la protection des droits de l'homme, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, de ses protocoles additionnels et de la jurisprudence s'y rapportant (Statut de l'ECRI, article 1⁵¹). L'ECRI a pour objectifs d'examiner la législation, les politiques et les diverses mesures prises par les Etats membres pour combattre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, et d'en vérifier l'efficacité; de proposer des actions supplémentaires aux niveaux local, national et européen; de formuler des recommandations de politique générale aux Etats membres et d'étudier les instruments juridiques internationaux applicables dans ce domaine, en vue de les renforcer si nécessaire.

29. S'agissant des recommandations de politique générale de l'ECRI, la Recommandation no 7, adoptée le 13 décembre 2002 et intitulée «Législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale», revêt une importance particulière dans ce contexte. L'ECRI y propose des éléments qui devraient figurer dans les législations nationales pour assurer une lutte efficace contre le racisme et la discrimination raciale; elle prône l'adoption d'une législation antidiscrimination complète, comprenant des dispositions couvrant des domaines tels que l'emploi, le logement, l'éducation et l'accès aux prestations sociales et aux services publics⁵².

3.3.2.3. Commissaire aux droits de l'homme

30. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe s'est constamment prononcé pour une législation antidiscrimination «solide et vraiment complète» dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe⁵³. Il s'est fermement prononcé contre toutes les formes de discrimination dans plusieurs «Points de vue», sur des questions comme les interpellations et les fouilles discriminatoires, la discrimination des Roms ou les droits des personnes handicapées ou la pauvreté⁵⁴.

3.4. La lutte contre la discrimination dans le droit et les politiques de l'Union européenne

31. L'égalité fait partie des valeurs fondamentales sur lesquelles l'Union européenne s'est fondée (elle apparaît aujourd'hui dans l'article 2 du Traité sur l'Union européenne). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comprend une disposition antidiscrimination (article 21⁵⁵) et son titre III est consacré à l'égalité. Les institutions de l'Union européenne et ses Etats membres sont liés par ces dispositions, mais uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union européenne⁵⁶.

32. En matière de non-discrimination, l'Union européenne a développé une législation complète que les Etats membres sont tenus de transposer en droit interne. L'interdiction de la discrimination par l'Union européenne est autonome, mais limitée à des contextes particuliers. Les motifs de discrimination expressément cités sont les suivants: sexe, origine raciale ou ethnique, âge, handicap, religion ou convictions

51. Résolution Res(2002)8 du Comité des Ministres relative au statut de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI_statute_fr.asp.

52. www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/Recommendation_7_fr.asp.

53. Par exemple dans la «Contribution du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe à la Conférence d'examen de Durban» (20-24 avril 2009).

54. «Egalité, discrimination et pauvreté», in *Human rights in Europe: no grounds for complacency. Viewpoints by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, p. 43-45, 57-79, 127-142 et 194-196 (traduction française à paraître).

55. «Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.»

56. Par conséquent, les particuliers peuvent se plaindre de la législation de l'Union européenne (ou de la législation nationale mettant en œuvre celle de l'Union européenne) s'ils considèrent que la charte n'a pas été respectée, et les tribunaux nationaux peuvent demander à la Cour de justice de l'Union européenne des orientations sur l'interprétation correcte du droit communautaire en lui posant une «question préjudicielle» (article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

et orientation sexuelle. La discrimination fondée sur la nationalité n'est interdite que dans le contexte particulier de la libre circulation des personnes, bien qu'il existe quelques exceptions concernant les «ressortissants de pays tiers⁵⁷».

33. Alors que le premier objectif des Communautés européennes⁵⁸ (précédant l'Union européenne) était de stimuler la croissance économique par la mise en place d'un marché interne couvrant tous les Etats membres, c'est l'égalité hommes-femmes qui s'y est développée en premier, avec plusieurs directives interdisant la discrimination contre les femmes enceintes ou dans des domaines comme les régimes de retraite ou de sécurité sociale⁵⁹. La protection contre la discrimination pour d'autres motifs est apparue ultérieurement, en 2000, avec l'adoption de deux directives⁶⁰: la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, s'agissant des domaines de l'emploi et du travail, de la sécurité sociale, de l'éducation et de la fourniture de biens et de services; et la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et concernant la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi et du travail. Ces directives interdisent la discrimination directe et indirecte, garantissent l'accès à un tribunal, obligent les Etats membres à renverser la charge de la preuve et prévoient des sanctions. Le 13 décembre 2004 est adoptée la Directive 2004/113/CE 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, qui étend l'interdiction de la discrimination hommes-femmes à ces domaines⁶¹. L'orientation sexuelle, les convictions religieuses, le handicap et l'âge ne sont définis comme motifs de discrimination interdits que dans le contexte de l'emploi. Par conséquent, les institutions de l'Union européenne débattent actuellement d'une proposition visant à tenir également compte de ces motifs dans l'accès aux biens et aux services (directive «transversale» proposée par la Commission européenne en 2008⁶²).

34. On voit que les directives de l'Union européenne interdisent la discrimination dans trois domaines: l'emploi, le système de protection sociale et les biens et services. A l'heure actuelle, seule une directive, celle sur la discrimination raciale (2000/43/CE), s'applique à ces trois domaines à la fois. La Directive -cadre contre la discrimination au travail (2000/78/CE) ne s'applique qu'au domaine de l'emploi (bien qu'une proposition visant à l'étendre aux deux autres domaines soit en cours de discussion); la Directive sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (version refondue) (2006/54/CE) et la Directive sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services (2004/113/CE) prévoient l'égalité hommes-femmes dans l'emploi et l'accès aux biens et aux services, mais non dans l'accès au système de protection sociale⁶³.

35. L'approche adoptée par la Cour de justice européenne (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) consiste à interpréter très largement les domaines d'application des directives susmentionnées, afin de donner plein effet aux droits des personnes institués par le droit de l'Union européenne⁶⁴. En particulier, la Cour de justice européenne a interprété largement des concepts tels que l'«accès à l'emploi», les «conditions d'emploi», l'«orientation et la formation professionnelles» et les «avantages sociaux»⁶⁵.

57. Pour plus de détails, voir le *Manuel*, p. 68.

58. Le traité original instituant la Communauté économique européenne (1957) comprenait une disposition interdisant la discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. Le but était d'empêcher les Etats membres de s'assurer un avantage compétitif sur les autres en prévoyant des salaires plus bas ou de moins bonnes conditions d'emploi pour les femmes.

59. *Manuel*, p. 14.

60. Sur la base de l'article 13.1, désormais article 19.1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne: «Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle».

61. Voir aussi la version remaniée de la directive applicable dans le domaine de l'emploi: Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

62. COM(2008)426. Voir aussi le *Manuel*, p. 14.

63. *Manuel*, p. 76.

64. *Manuel*, p. 101.

65. *Manuel*, p. 76-80 et 83.

36. Les rapports de la Commission européenne montrent que la mise en œuvre des directives de l'Union européenne au niveau national ont soulevé de nombreuses difficultés pratiques⁶⁶. Les directives ont été transposées en droit interne, mais pas entièrement: la moitié des Etats membres n'a pas rempli ses obligations concernant la portée de la législation, les définitions ou l'assistance aux victimes⁶⁷.

37. L'Union européenne, très attachée à combattre la discrimination et à assurer l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi et des affaires sociales, mène actuellement le programme PROGRESS, programme communautaire pour l'emploi et la sécurité sociale pour les années 2007 à 2013⁶⁸. Doté d'un budget de 743 millions d'euros, le programme finance des activités d'analyse, d'apprentissage mutuel, de sensibilisation et de diffusion d'informations⁶⁹.

3.5. Protection par le droit de l'Union européenne et par la Convention européenne des droits de l'homme: comparaison

38. On relève plusieurs différences entre les normes de l'Union européenne et celles du Conseil de l'Europe en matière de promotion de l'égalité et de lutte contre la discrimination. Le droit antidiscrimination de l'Union européenne, avant tout destiné à faciliter le fonctionnement du marché interne, s'est essentiellement limité au domaine de l'emploi. Obéissant à une approche sectorielle, il s'applique aux acteurs publics comme privés. Les directives antidiscrimination de l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux ne s'appliquent pas aux législations nationales qui ne relèvent pas de la compétence de l'Union. Bien que ces deux ensembles de normes se complètent⁷⁰, la protection par la Convention va au-delà de celle offerte par la législation antidiscrimination de l'Union européenne dans de nombreux domaines. La définition des bénéficiaires de la protection de l'Union européenne est plus restreinte, par exemple au regard des ressortissants des pays tiers⁷¹. En outre, la portée matérielle de la non-discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention va plus loin que dans le droit de l'Union européenne, puisque la Convention garantit des droits «civils et politiques» et certains droits «économiques et sociaux», s'appliquant ainsi dans des domaines tels que la vie privée et familiale, la participation à la vie politique et les questions de droit pénal.

4. Législation nationale et problèmes de mise en œuvre de la notion de non-discrimination en droit national

39. Aux côtés des instruments internationaux de droits de l'homme, tous les Etats membres du Conseil de l'Europe prévoient dans leur législation des dispositions générales interdisant la discrimination. Certains systèmes juridiques nationaux comprennent aujourd'hui des concepts de droit, des définitions, des approches et une jurisprudence qui ont porté à un niveau très élevé la protection contre la discrimination et la réalisation du droit à l'égalité. Plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe disposent d'une législation antidiscrimination relativement riche et détaillée (Belgique⁷², Bulgarie⁷³, Suède⁷⁴ et Royaume-Uni⁷⁵)⁷⁶.

66. *Actes du séminaire*, p. 106-107.

67. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/dh0001_fr.htm.

68. Décision no 1672/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 établissant un programme communautaire pour l'emploi et la sécurité sociale – Progress.

69. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/c11332_fr.htm.

70. *Actes du séminaire*, p. 107.

71. *Manuel*, p. 68.

72. Une série de lois visant à combattre la discrimination et le racisme ont été adoptées le 10 mai 2007. Elles ont amélioré sur plusieurs points les mécanismes de droit civil sanctionnant la discrimination raciale et d'autres formes de discrimination et clarifié les exigences concernant la présentation de preuves de discrimination devant les juridictions civiles. Voir le rapport de l'ECRI sur la Belgique (quatrième cycle de suivi), adopté le 19 décembre 2008 et publié le 26 mai 2009, CRI(2009)18, p. 7.

73. Une loi sur la protection contre la discrimination est entrée en vigueur en 2004. Elle interdit la discrimination pour des motifs tels que la race, la religion, l'origine ethnique ou nationale et la nationalité, et couvre entre autres l'éducation et l'emploi. Voir le Rapport de l'ECRI sur la Bulgarie (quatrième cycle de suivi), adopté le 20 juin 2008 et publié le 24 février 2009, CRI(2009)2.

74. Une nouvelle loi antidiscrimination est entrée en vigueur en 2009:

www.humanrights.gov.se/extra/pod/?id=85&module_instance=2&action=pod_show.

75. Pour plus de détails concernant la législation du Royaume-Uni, voir par exemple le discours de M. John Kissane, «Le Protocole no 12 – Position du Gouvernement britannique», dans les *Actes du Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 11 octobre 2005, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 93.

76. Petrova D., *The Unified Perspective on Equality*, p. 2:

www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/The%20Unified%20Perspective%20on%20Equality.pdf.

40. L'adoption des directives antidiscrimination a entraîné un renforcement de la protection contre la discrimination dans les pays membres de l'Union européenne au cours des dix dernières années. On trouve des exemples de lois antidiscrimination très complètes, portant création d'organismes indépendants de défense de l'égalité dotés de larges mandats: en Belgique (Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme), en Bulgarie (Commission pour la protection contre la discrimination), en France (Halde, Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) et en Hongrie (Autorité pour l'égalité de traitement). Ces instances, principalement créées pour mettre en œuvre les obligations légales imposées par l'Union européenne, jouent un rôle particulièrement important d'information et d'aide aux victimes dans la résolution des différends portant sur une discrimination. Sur l'impulsion de l'Union européenne, les normes minimales prévues par les directives antidiscrimination ont été transposées en droit interne. Beaucoup d'Etats membres qui n'avaient pas d'instances nationales traitant des questions d'égalité ont dû mettre en place de telles instances.

41. Beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe ont récemment adopté une législation complète de lutte contre la discrimination (Albanie, République tchèque, Serbie, etc.) ou sont actuellement en train d'en élaborer une ou d'améliorer la législation existante («l'ex-République yougoslave de Macédoine», Moldova, etc.). Cependant, plusieurs Etats membres ne disposent toujours pas d'une législation antidiscrimination complète. Dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, le droit antidiscrimination est fragmentaire et présente de nombreuses lacunes. Les raisons en sont multiples: les différents motifs de discrimination (sexe, race, religion, etc.) sont réglementés différemment, la protection contre la discrimination n'est pas assurée dans tous les domaines de la vie sociale (administration de la justice, éducation, emploi, etc.) et il n'y a pas assez de coopération entre les différents acteurs, tels que les autorités nationales et les groupes de défense des victimes⁷⁷.

5. La Déclaration de principes sur l'égalité

42. La Déclaration de principes sur l'égalité a été publiée en octobre 2008. Signée à l'origine par 128 personnalités de 44 pays (juristes, universitaires et militants des droits de l'homme), dont M. Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, elle a reçu depuis le soutien de centaines d'autres signataires (organisations et particuliers).

43. La déclaration prône une législation internationale et nationale plus juste et plus sage, fondée sur la reconnaissance des différences et sur l'idée que les droits de l'homme ne peuvent se réaliser que dans des conditions d'égalité. Elle comprend 27 principes juridiques destinés:

- à définir l'égalité comme un droit fondamental, en affirmant qu'elle devrait être considérée comme un droit de l'homme en soi et non comme un droit subsidiaire ou accessoire à d'autres droits: «Le droit à l'égalité est le droit de tous les êtres humains à être égaux en dignité, à être traités avec respect et considération et à participer à égalité avec les autres à tous les domaines de la vie économique, sociale, politique, culturelle ou civile. Tous les êtres humains sont égaux devant la loi et ont le droit de bénéficier de la loi et de sa protection de manière égale» (principe no 1);
- à proposer un cadre complet qui: 1. offre une protection dans les domaines pour lesquels l'expérience montre qu'il existe un risque de discrimination; et 2. prévoit des critères permettant de repérer de nouveaux motifs de discrimination et donc de nouveaux groupes vulnérables à protéger, atténuant ainsi le risque de préjudice, d'hostilité et de discrimination;
- à redéfinir l'action positive en s'écartant du concept d'égalité formelle et en considérant l'action positive comme inhérente à l'égalité matérielle et non comme une exception;
- à assurer cohérence et équité pour permettre aux parties prenantes de tous pays d'affirmer le droit à l'égalité de façon à rectifier les lacunes, les incohérences et les hiérarchies qui existent dans les réglementations actuelles en matière d'égalité.

44. La déclaration offre une définition matérielle de l'égalité fondée sur le droit international des droits de l'homme. Cette notion dépasse la notion formelle de l'égalité largement appliquée dans nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe, selon laquelle les individus devraient être traités à l'identique quelles que soient leurs capacités relatives de participation à la vie économique, sociale, politique, culturelle ou civile. La déclaration définit le droit à l'égalité comme allant au-delà de l'égalité formelle et comprenant les éléments suivants:

- droit à l'égalité devant la loi;

77. *Ibid.*, p. 4 et 5.

- droit à bénéficier de manière égale de la loi et de sa protection;
- droit à la reconnaissance de la valeur et de la dignité égales de chaque être humain;
- droit à participer à égalité avec les autres à tous les domaines de la vie économique, sociale, politique, culturelle ou civile.

45. Il faut souligner que la teneur du droit à l'égalité dans la déclaration va au-delà des notions d'égalité devant la loi et d'égalité des chances⁷⁸. Ce droit se rapproche du sens qui lui est donné dans les directives de l'Union, qui parlent d'«assurer la pleine égalité» dans la pratique⁷⁹. Il est aussi étroitement lié à la notion de dignité humaine telle qu'affirmée dans l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁸⁰. D'après la Déclaration de principes sur l'égalité, le droit à l'égalité et à la non-discrimination n'est pas nécessairement lié à un autre droit existant (contrairement à ce que prévoient la Convention et le Protocole no 12); ainsi, par exemple, dans un pays qui ne reconnaît pas le droit à l'emploi, chacun doit toujours pouvoir jouir du droit à l'égalité (et à l'absence de discrimination⁸¹). La déclaration proclame donc un droit autonome à l'égalité, ce qui va beaucoup plus loin que le droit international des droits de l'homme tel qu'il existe aujourd'hui⁸². En outre, selon le principe no 8, «le droit à l'égalité s'applique dans tous les secteurs d'activité réglementés par la loi» et recouvre donc les activités des acteurs publics et privés, y compris les sociétés multinationales et les autres personnes morales non nationales⁸³.

46. Le principe no 2 de la déclaration définit l'égalité de traitement comme un aspect de l'égalité non synonyme de traitement identique: «Pour atteindre une égalité pleine et effective, il est nécessaire de traiter les personnes différemment en fonction de leurs situations respectives, d'affirmer que toutes les personnes ont la même valeur et d'améliorer leurs capacités à participer à la société à égalité avec les autres».

47. La déclaration définit également le droit à la non-discrimination, ainsi que les principaux types de discrimination (directe, indirecte, harcèlement, par association et par perception⁸⁴). Comme l'a souligné Mme Petrova lors de l'audition de mars 2011, la non-discrimination est définie comme un droit distinct en deux sens: 1. c'est un droit séparé, qui peut être violé même s'il n'y a pas violation d'un autre droit qui lui est lié (comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) et 2. c'est un droit autonome, qui n'est pas soumis à un autre droit fixé par la loi (comme dans les directives antidiscrimination de l'Union européenne et dans la législation nationale de plusieurs Etats membres de l'Union européenne dans des domaines tels que l'emploi, l'éducation, la santé, les biens et services, la fonction publique, etc.). Sur la question de savoir si les motifs de discrimination devraient faire l'objet d'une énumération restrictive ou d'une liste ouverte, la déclaration propose une approche en trois étapes. La définition de la discrimination (principe no 5) prévoit la possibilité d'allonger la liste des «motifs interdits» à l'aune de trois critères, chacun pouvant suffire à définir une caractéristique nouvelle comme «motif interdit»⁸⁵.

48. Les lois et les politiques appliquées doivent aussi préserver de la «discrimination multiple», c'est-à-dire fondée sur plus d'un motif (principe no 12), et une attention spéciale doit être prêtée à la lutte contre la pauvreté, qui peut être à la fois cause et conséquence de la discrimination (le principe no 14 affirme que les mesures destinées à atténuer la pauvreté devraient être coordonnées avec celles destinées à combattre la discrimination).

49. D'après le principe no 3 de la déclaration, pour être effectif, le droit à l'égalité requiert une action positive, c'est-à-dire une série de mesures législatives, administratives et politiques visant à surmonter les désavantages passés et à accélérer la progression vers l'égalité de populations spécifiques. Le principe no 11 spécifie le type de mesures que l'Etat doit prendre pour donner plein effet au droit à l'égalité: mesures constitutionnelles, législatives, administratives et autres, politiques et programmes appropriés ainsi que mesures visant à veiller à ce que toutes les autorités et institutions publiques agissent en conformité avec le droit à l'égalité. Les lois et politiques relatives à l'égalité devraient être complètes et suffisamment détaillées

78. Déclaration de principes sur l'égalité, The Equal Rights Trust, 2008, commentaire par D. Petrova, p. 29 (en anglais uniquement).

79. Voir la Directive 2000/78/CE, article 7.1.

80. Déclaration de principes sur l'égalité, *op. cit.*, p. 30.

81. *Ibid.*, p. 31.

82. *Ibid.*, p. 33.

83. *Ibid.*, p. 35.

84. Principes nos 4 et 5.

85. Principe no 5, deuxième paragraphe: «La discrimination pour tout autre motif doit être interdite si cette discrimination: 1. entraîne ou perpétue un désavantage structurel; 2. porte atteinte à la dignité humaine, ou 3. nuit à la jouissance par une personne de ses droits et libertés à égalité avec autrui d'une manière grave, comparable à une discrimination pour les motifs interdits cités ci-dessus.»

pour couvrir la discrimination et les désavantages sous leurs multiples formes et manifestations (principe no 15); les Etats doivent sensibiliser le grand public aux questions d'égalité (principe no 17). L'action positive ne constitue pas une discrimination, du moment que la différence de traitement vise à atteindre une égalité pleine et effective et que les moyens employés sont proportionnés à cet objectif⁸⁶. Les mesures positives font partie de la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement⁸⁷.

50. La déclaration propose aussi des principes concernant la mise en œuvre du droit à l'égalité, dont notamment le droit à réparation et le droit à un recours effectif à travers des procédures judiciaires et/ou administratives (principe no 18), des règles définissant les sanctions en cas d'atteinte au droit à l'égalité (principe no 22) et la création d'organismes spécialisés (principe no 23). Elle propose des règles sur la collecte et la diffusion d'informations: l'Etat doit recueillir et rendre publiques des informations permettant de repérer les inégalités, les pratiques discriminatoires et les situations de désavantage, et d'analyser l'efficacité des mesures de promotion de l'égalité (principe no 24). Les lois et les politiques adoptées pour mettre en œuvre le droit à l'égalité doivent être accessibles à tous (principe no 25).

51. L'un des atouts intellectuels de la déclaration est le fait qu'elle dépasse deux dichotomies traditionnelles, qui entravent l'élaboration de lois satisfaisantes et l'application de bonnes pratiques aujourd'hui: la division des droits de l'homme, héritée de la guerre froide, entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part; et la division, plus profonde encore, entre l'égalité fondée sur l'identité (sexe, race, religion, etc.) et celle fondée sur le statut économique. Louant l'approche globale adoptée par la Déclaration de principes sur l'égalité et son utilité pour toutes les parties prenantes, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a appelé à mettre en œuvre ses principes, et notamment à surmonter la distinction artificielle entre discrimination fondée sur l'identité et injustice sociale⁸⁸. Bien que la déclaration ne propose qu'un ensemble général et abstrait de principes sur l'égalité, elle témoigne d'un certain consensus entre militants du monde entier dans ce domaine.

6. Conclusion

52. Trop longtemps, la non-discrimination a été considérée et appliquée comme un droit de l'homme purement accessoire, aussi bien par le Conseil de l'Europe que par ses Etats membres. Le droit à l'égalité a ainsi été miné par deux approches opposées, mais tout aussi restrictives: 1. il n'était vu que comme un principe général, et 2. il était soumis à une procédure essentiellement formelle, oublieuse des inégalités de fait. Aujourd'hui, cette vision doit évoluer: l'égalité doit être considérée comme un droit effectif à part entière.

53. Compte tenu de la disparité des approches de l'égalité aux niveaux international, régional et national, un effort considérable s'impose pour moderniser et harmoniser les normes juridiques relatives à la protection contre la discrimination et à la promotion de l'égalité. Au niveau européen, la protection contre la discrimination n'est pas parfaite et les écarts sont nombreux entre Etats membres et non membres de l'Union européenne, et au sein des membres de l'Union européenne eux-mêmes. Notamment, tous les Etats membres du Conseil de l'Europe devraient ratifier le Protocole no 12 à la Convention européenne des droits de l'homme pour harmoniser leur degré de protection et assurer une cohérence avec les autres normes internationales contraignantes. Comme nous l'avons montré plus haut, les raisons invoquées pour justifier la non-ratification de ce protocole additionnel sont anachroniques et peu convaincantes.

54. Il reste encore beaucoup à faire au niveau de la législation nationale. Les Etats devraient adopter et mettre en œuvre une législation visant à supprimer les discriminations et à promouvoir l'égalité. Cette législation définirait les comportements inacceptables, préciserait les recours accessibles aux victimes de discrimination présumées et couvrirait tous les motifs pertinents de discrimination ainsi que la discrimination multiple et composée. Tout motif de discrimination arbitraire devrait être considéré comme interdit⁸⁹. Des instances indépendantes de lutte contre la discrimination et de promotion de l'égalité, dotées de forts pouvoirs, devraient être créées afin de contrôler la mise en œuvre de la législation antidiscrimination et de recevoir des plaintes, l'expérience montrant que ces instances sont particulièrement efficaces et accessibles aux victimes présumées.

55. Soulignons qu'il faut lutter pour l'égalité non seulement en droit, mais aussi dans les faits. Il est indispensable d'encourager une action politique de promotion de l'égalité à tous les niveaux, en particulier à travers une «action positive».

86. Petrova D., Déclaration de principes sur l'égalité, *op. cit.*, p. 31.

87. *Ibid.*, p. 32.

88. www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/090511_fr.asp.

89. Petrova D., *The Unified Perspective on Equality*, *op. cit.*, p. 5.

56. La Déclaration de principes sur l'égalité, rédigée sur la base d'un consensus entre experts internationaux sur les principes d'égalité et de non-discrimination, peut servir de repère aux législateurs pour la mise en place de normes et de politiques d'égalité plus progressistes au XXI^e siècle. Elle peut aussi soutenir la justice, les organisations de la société civile et tous les acteurs engagés dans la lutte contre la discrimination et dans la promotion de l'égalité.

57. Compte tenu de l'importance majeure du concept d'égalité dans les objectifs statutaires du Conseil de l'Europe, les institutions du Conseil devraient promouvoir et prendre en compte la Déclaration de principes sur l'égalité, qui définit l'égalité et la non-discrimination comme des droits autonomes. La prise en compte des principales idées de la déclaration pourrait être le point de départ d'une interprétation progressiste des normes sur l'égalité, dont l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et son Protocole no 12, et l'article E de la Charte sociale européenne révisée, et d'une amélioration des procédures et de la définition de normes au Conseil de l'Europe. La promotion de la déclaration pourrait aussi renforcer et élargir le consensus reflété par ce texte au sein des spécialistes des questions de droits de l'homme et d'égalité. Elle suscitera l'intérêt et sera source de débats, contribuant ainsi à réaffirmer et à développer le droit à l'égalité.

58. Comme le rappelle le Commissaire aux droits de l'homme, la réalisation pleine et entière de l'égalité suppose d'affirmer que toutes les personnes ont la même valeur en les traitant différemment en fonction de leurs situations respectives et en renforçant leur capacité à participer à la société à égalité avec autrui⁹⁰. Le droit à l'égalité n'est peut-être pas facile à mettre en œuvre, mais aucune excuse n'autorise les Etats à ne rien entreprendre pour qu'il soit appliqué.

90. «Equality, discrimination and poverty», in *Human rights in Europe: no grounds for complacency. Viewpoints by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights*, op. cit., p. 197 – version française à paraître.