



Égalité des droits ou droits spécifiques?

La protection des minorités et l'interdiction de discrimination



Commission européenne

Égalité des droits ou droits spécifiques?

La protection des minorités et l'interdiction de discrimination

Kristin Henrard,
professeur agrégé à l'université de Groningen (¹)

Commission européenne

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances
Unité G.2

Manuscrit terminé en juin 2007

(¹) Kristin Henrard est professeur agrégé de droits de l'homme, protection des minorités, droit des réfugiés et droit constitutionnel à l'université de Groningen, Pays-Bas. Depuis le 1^{er} mai 2007, elle travaille à l'université Erasmus de Rotterdam. M^{me} Henrard est diplômée de la Katholieke Universiteit Leuven (université catholique de Louvain) (1994) et détentrice d'un LL.M. de droit de la faculté de droit de Harvard. Elle est l'auteur de plusieurs livres et articles sur des thèmes ayant trait à la protection des minorités. Au cours de sa recherche doctorale, elle a passé beaucoup de temps en Afrique du Sud pour, notamment, se spécialiser auprès d'un juge de la Cour constitutionnelle. Elle travaille actuellement sur un projet «Vidi», financé par l'Organisation néerlandaise pour la recherche scientifique (NWO), qui concerne les implications de la directive relative à l'égalité de traitement entre les personnes, sans distinction de race ou d'origine ethnique, sur la protection des minorités.

Ce rapport a été financé par la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne pour ses besoins propres. Il ne représente pas nécessairement la position officielle de la Commission.

Le texte du présent rapport a été rédigé par Kristin Henrard au nom du **réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination** (fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle) géré par:

Human european consultancy
Hooghiemstraplein 155
3514 AZ Utrecht
Pays-Bas
Tél. (31-30) 634 14 22
Fax (31-30) 635 21 39
E-mail: office@humanconsultancy.com
Internet: www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group
Rue Belliard 205, Box 1
B-1040 Bruxelles
Belgique
Tél. (32-2) 230 59 30
Fax (32-2) 280 09 25
E-mail: info@migpolgroup.com
Internet: www.migpolgroup.com

Cette publication a été rédigée à la demande de la Commission européenne dans le cadre du programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006), destiné à soutenir la mise en œuvre effective de la nouvelle législation européenne visant à combattre les discriminations. Ce programme, d'une durée de six ans, cible tous les intervenants susceptibles de contribuer à l'élaboration de législations et politiques antidiscrimination efficaces et appropriées dans l'ensemble de l'EU-25, de l'AELE et des pays candidats à l'adhésion.

Ce programme d'action poursuit trois objectifs principaux:

- 1) améliorer la compréhension des questions liées aux discriminations,
- 2) développer la capacité de combattre efficacement les discriminations,
- 3) promouvoir les valeurs qui sous-tendent la lutte contre les discriminations.

Pour plus d'informations, voir:

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_fr.htm

© Photographies et conception: Ruben Timman/www.nowords.nl

***Europe Direct est un service destiné à vous aider à trouver des réponses
aux questions que vous vous posez sur l'Union européenne.***

**Un numéro unique gratuit (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

(* Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

© Communautés européennes, 2007

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008

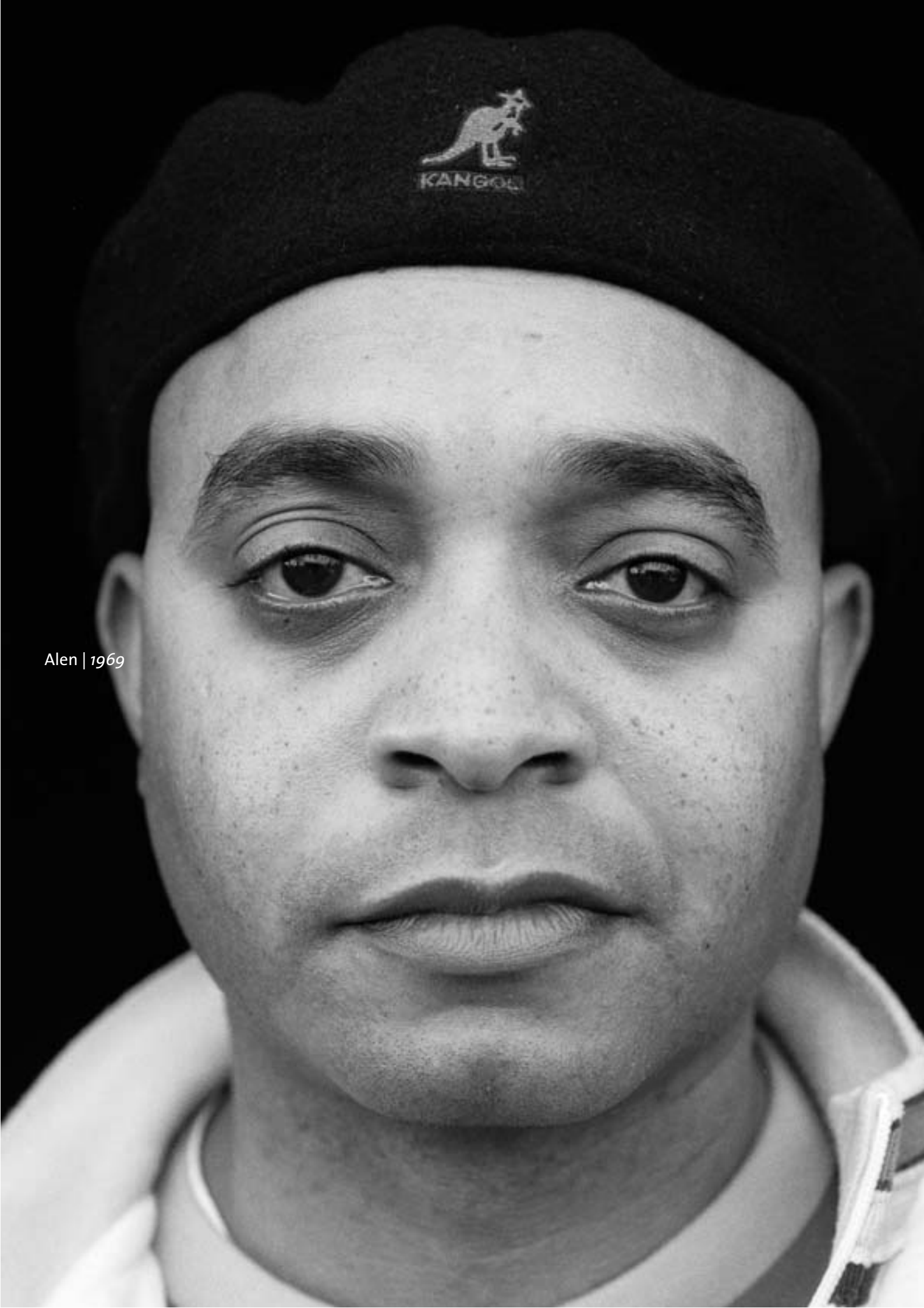
ISBN 978-92-79-06383-1

Printed in Belgium

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

Table des matières

Résumé	5
Introduction	11
Chapitre 1 — Cadre théorique	13
1.1. Définition du terme «minorité» et introduction aux préoccupations spécifiques aux minorités	14
1.2. Thèmes centraux de la protection des minorités	15
1.2.1. Égalité substantielle	15
1.2.2. Le droit à l'identité	16
1.3. Les deux piliers d'un système approprié de protection des minorités	16
1.4. Vers un nouvel équilibre entre ces deux piliers	17
1.5. Besoins spéciaux des minorités, droits (spécifiques) en faveur des minorités et questions pertinentes concernant le lien entre la non-discrimination et la protection des minorités	18
Chapitre 2 — La directive sur l'égalité raciale	23
2.1. Portée de l'interdiction de discrimination	24
2.1.1. Portée <i>ratione personae</i>	24
2.1.2. Portée <i>ratione materiae</i>	26
2.2. Ouverture vers l'égalité substantielle?	27
2.2.1. Discrimination indirecte	28
2.2.2. Obligation de traitement différencié?	30
2.2.3. Action positive	31
2.2.4. Obligation de promouvoir l'égalité: obligations positives	34
2.3. Pertinence du droit international (et nature autonome du droit communautaire)	35
Chapitre 3 — Les dispositions du droit international dans le domaine de la non-discrimination et de la protection des minorités	39
3.1. Les dispositions de non-discrimination dans les instruments non spécifiques aux minorités	40
3.2. Portée de l'interdiction de discrimination	41
3.2.1. Portée <i>ratione personae</i>	41
3.2.2. Portée <i>ratione materiae</i>	43
3.3. Ouverture vers l'égalité substantielle	44
3.3.1. Discrimination indirecte	45
3.3.2. Obligation de traitement différencié	47
3.3.3. Action positive	50
3.3.4. Obligation de promouvoir l'égalité: obligations positives	53
3.4. Les dispositions relatives à l'égalité dans les instruments spécifiquement axés sur la protection des minorités	55
3.4.1. Portée de l'interdiction de discrimination	56
3.4.2. Ouverture vers l'égalité substantielle	56
Chapitre 4 — Rapports nationaux	61
4.1. Textes législatifs	62
4.1.1. Portée de l'interdiction de discrimination	62
4.1.2. Ouverture vers l'égalité substantielle	64
4.2. Jurisprudence	65
4.2.1. Portée de l'interdiction de discrimination	65
4.2.2. Ouverture vers l'égalité substantielle	66
Chapitre 5 — La directive sur l'égalité raciale, la CCPMN et la protection des minorités: parallèles et différences	69
5.1. Objectifs généraux	70
5.2. Portée <i>ratione personae</i>	71
5.3. Portée <i>ratione materiae</i>	73
5.4. Mesures spéciales	73
Conclusion	75
Sources	77



Alen | 1969

Résumé

En matière de minorités et de traitement approprié à réserver aux personnes appartenant à des minorités, une question centrale consiste à déterminer s'il convient de leur accorder des droits «égaux» ou des droits «spécifiques». Il en résulte un autre débat, tout aussi essentiel, visant à déterminer si, outre cette interdiction de discrimination, il convient également de prévoir des droits «spécifiques» en faveur des minorités. Le cas échéant, il convient d'évaluer dans quelle mesure l'interdiction de discrimination apporte une réponse aux besoins spécifiques des minorités tout en contribuant à une protection adéquate desdites minorités.

En première analyse, le concept de droits «spécifiques» semble être à l'opposé de celui de droits «égaux», mais force est de constater que ce concept recouvre plusieurs interprétations. Il importe surtout de différencier, d'une part, l'égalité formelle (ou l'égalité prise au sens de l'uniformité des droits), qui vise à un traitement strictement identique de tous les individus et, d'autre part, l'égalité substantielle, réelle ou la pleine égalité. La pleine égalité reconnaît l'existence de situations de départ différentes, pouvant requérir un traitement différencié pour obtenir une égalité réelle dans la pratique. Dans la mesure où l'obtention d'une égalité de traitement dans la pratique requiert un traitement différent ou l'octroi de droits spécifiques, ces différences ne constituent en aucune façon des privilèges, car ces droits et différences ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire pour obtenir une réelle égalité de traitement.

Pour déterminer si la seule interdiction de discrimination suffit — ou non — à protéger de manière appropriée les minorités, il convient d'étudier en premier lieu la façon dont cette interdiction est appréhendée (interprétée) et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle elle tient compte des considérations en matière d'égalité substantielle. De toute évidence, le champ d'application précis de l'interdiction de discrimination joue également un rôle, notamment le degré de prise en compte des préoccupations propres aux minorités. Compte tenu de l'importance essentielle du droit des minorités au respect de leur identité, les divers points critiques incluent les questions en rapport avec l'identité, outre l'égalité d'accès et la participation effective à la vie économique, sociale et culturelle ainsi qu'aux affaires publiques.

De fait, ce lien entre la protection des minorités et la non-discrimination fait actuellement l'objet d'un débat, et il n'est donc pas surprenant que cette question ait également été évoquée dans le contexte de la directive de l'Union européenne (UE) relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive 2000/43/CE du 29 juin 2000; ci-après «directive sur l'égalité raciale»). Il existe en effet un lien manifeste entre, d'une part, les groupes raciaux et ethniques et, d'autre part, les minorités.

Le présent rapport se compose de cinq chapitres et se termine sur une série de conclusions. Le chapitre 1 délimite le cadre théorique de la protection des minorités, dans lequel la question centrale doit être débattue. Après une identification des questions et des aspects pertinents (interprétation) de la directive sur l'égalité raciale (chapitre 2), l'étude porte sur la possibilité d'inférer des orientations à partir de la pratique de surveillance sur le plan d'autres dispositions internationales en matière d'égalité (chapitre 3) ainsi qu'à partir de certaines approches adoptées par les États membres de l'UE (chapitre 4). Le chapitre 5 propose une évaluation globale de la contribution potentielle de la directive sur l'égalité raciale en matière de protection des minorités, par rapport à la pratique exercée en vertu de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CCPMN).

L'examen et l'évaluation de mesures importantes pour la protection des minorités présupposent que le sens du concept de «minorité» est clair. Cependant, il n'existe, à ce jour, aucune définition universellement admise du terme. Il semble toutefois exister un large consensus quant à l'exigence de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques stables — différant de celles du reste de la population —, d'une position numériquement minoritaire, d'une non-dominance et d'un souhait, de la part des minorités en question, de préserver une identité

culturelle distincte et qui leur est propre. Malgré certaines réticences, il se dégage une tendance internationale où les exigences de nationalité disparaissent au profit de l'acceptation de l'identification de minorités au niveau régional.

Dans la mesure où les instruments du Conseil de l'Europe et de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) se concentrent sur les minorités «nationales», alors que les Nations unies évoquent des minorités «ethniques, religieuses ou linguistiques», il semble important de souligner le fait que les adjectifs «national» et «ethnique, religieux ou linguistique» doivent s'entendre comme recouvrant des notions plus ou moins identiques. L'importance de cette précision tient également au fait que l'UE, dans la mesure où elle s'intéresse explicitement aux minorités dans ses politiques internes (du moins en termes de stratégie européenne pour l'emploi et de processus communautaire d'inclusion sociale), tend à se concentrer sur les «minorités ethniques».

L'égalité substantielle, réelle ou la pleine égalité (par opposition à la simple égalité formelle) et le droit à une identité propre sont deux objectifs et thèmes clés de la protection des minorités.

Dans la mesure où le droit à l'identité reste un concept relativement flou et mal défini, il est permis d'alléguer qu'en matière de protection des minorités, le droit à l'identité peut faire référence aux diverses caractéristiques distinctives des minorités, telles que la langue, la culture et la religion.

Il est communément admis qu'un système adéquat de protection des minorités repose sur deux piliers. Le premier est la non-discrimination, associée à certains droits de l'homme d'une importance particulière pour les minorités. Le second pilier a trait aux normes spécifiques applicables aux minorités, visant à protéger et à promouvoir leur droit à l'identité.

Au vu de l'interprétation changeante (non statique) des droits de l'homme, il est permis de soutenir que si certaines évolutions jurisprudentielles du premier pilier, en faveur de l'égalité substantielle et du droit à l'identité, pouvaient être renforcées et consolidées, l'équilibre entre les deux piliers dans la mise en place d'un système adéquat de protection des minorités s'en trouverait modifié.

Pour ce qui concerne la question centrale faisant l'objet du présent rapport, elle implique que certaines interprétations de la non-discrimination (ayant également trait à son champ d'application) pourraient ainsi intégrer/prévoir, voire imposer, une obligation d'adopter des mesures spéciales en faveur des minorités, permettant ainsi de réelles avancées en termes de protection des minorités.

Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, au moment d'analyser dans quelle mesure les normes antidiscriminatoires sont susceptibles de contribuer à la protection des minorités, il convient surtout d'identifier des voies d'accès menant à l'égalité substantielle, à la protection et à la promotion du droit à l'identité (ainsi qu'aux divers autres thèmes pertinents identifiés ci-dessus). Il est alors possible de procéder à une subdivision et de dégager deux grandes catégories de questions pertinentes: d'une part, dans quelle mesure l'interdiction de discrimination ouvre-t-elle la voie à l'égalité substantielle et, d'autre part, quelle est la portée de l'interdiction de discrimination. Pour ce qui concerne le premier point, il est possible de dégager une série de sous-thèmes, qui seront développés ci-après. Les sous-thèmes suivants — sans prétendre à l'exhaustivité — revêtent une importance particulière à cet égard: la reconnaissance de la discrimination indirecte, la définition d'une obligation d'appliquer un traitement différencié en matière de non-discrimination, une obligation plus générale de promouvoir l'égalité, l'égalité de traitement et l'acceptation des mesures d'action positive.

Étant donné l'importance particulière que revêt l'interdiction de discrimination pour les minorités, il semble évident que plus la portée de l'interdiction de discrimination sera vaste, mieux les minorités s'en trouveront

protégées. De multiples facteurs déterminent le champ d'application de l'interdiction de discrimination. Ceux-ci peuvent être regroupés selon la portée *ratione personae* et selon la portée *ratione materiae*.

Pour ce qui concerne la portée *ratione personae*, il convient d'établir une distinction entre les interdictions de discrimination fondées sur une liste ouverte et celles fondées sur une liste fermée de motifs (de discrimination). Les motifs d'une importance particulière pour les minorités ont bien évidemment un rapport avec les caractéristiques relatives à l'identité des minorités: la langue, la religion, l'origine ethnique/la race. Il est évident que la langue et l'origine ethnique/la race ainsi que la religion sont des caractéristiques qui se recoupent, se croisent et se chevauchent, et il est aussi largement admis que les notions de «communautés ethniques minoritaires», d'«étrangers» et de «ressortissants de pays tiers» se recouvrent considérablement. Dans sa pratique, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD: voir le site internet de l'Organisation des Nations unies) veille tout particulièrement à lutter contre les différenciations fondées sur la nationalité, qui équivalraient à une discrimination raciale indirecte. Il faut espérer que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) lui emboîtera le pas et contrôlera attentivement si des différences de traitement fondées sur la nationalité, la religion ou la langue ne constituent pas, en fait, des discriminations raciales indirectes.

Une seconde dimension du champ d'application *ratione personae* a trait à la question suivante: l'interdiction est-elle limitée à la sphère publique ou concerne-t-elle également la sphère privée? Si la directive sur l'égalité raciale stipule explicitement que ses dispositions s'appliquent également au secteur privé, il convient encore de voir si (et dans quelle mesure) elles portent alors sur la sphère purement privée, comme tend à le suggérer une des dispositions de ladite directive qui précise «à la disposition du public» (au sujet de l'accès aux biens et services et de la fourniture de biens et services).

L'analyse du suivi par les organismes de défense des droits de l'homme, en ce qui concerne l'obligation positive imposée aux États de combattre (prévenir, sanctionner) toute discrimination pratiquée par des parties privées, reconnaît sans doute qu'il ne s'agit pas non plus d'une obligation absolue.

Le champ d'application *ratione materiae* est déterminé par la question du caractère accessoire — ou non — de l'interdiction de discrimination. Une interdiction accessoire de la discrimination est limitée en ce sens que la discrimination n'est interdite que sur la base des autres droits inscrits dans l'instrument juridique en question. Dans le droit communautaire (et quel que soit l'instrument juridique en question), l'interdiction de discrimination se limite toujours aux compétences et aux pouvoirs conférés à l'Union. La portée de cette interdiction ne peut donc être universelle.

Il est généralement admis que l'interdiction de discrimination autorise certaines formes de traitement différencié (et, partant, des mesures spéciales), ce qui permet une certaine ouverture vers l'égalité substantielle. Dans cette optique, l'octroi de droits spécifiques aux minorités ne viole pas nécessairement le principe de l'interdiction de discrimination. Dans la mesure où ledit principe s'applique également à la discrimination indirecte, d'importants aspects de l'égalité substantielle sont alors pris en compte. La discrimination indirecte porte sur des règles et des pratiques en apparence neutres mais qui ont (ou sont susceptibles d'avoir) une incidence disproportionnée sur certains groupes. Étant donné qu'il est plus facile d'établir une présomption de discrimination indirecte, les victimes (souvent des membres de minorités) bénéficient sans aucun doute de ces dispositions.

La CJCE a joué à cet égard un rôle essentiel en intégrant la discrimination indirecte dans la législation européenne sur l'égalité, et elle a à son actif de belles avancées, notamment par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ou du Comité des droits de l'homme des Nations unies (CDH). L'analyse présentée dans le chapitre 3 révèle que la pratique de surveillance du CERD et du Comité européen des droits sociaux adopte une position plutôt progressiste à cet égard. Toutefois, les orientations qui pourraient être dégagées, notamment de la pratique du CERD, sont fortement limitées par la stricte délimitation de la sphère de compétence de la Communauté européenne (CE) (délimitation qui a aussi une incidence sur la directive sur

l'égalité raciale). Quoi qu'il en soit, il convient de souligner le fait que la définition intégrée dans la directive sur l'égalité raciale semble renforcer la protection contre la discrimination indirecte, en facilitant les actions introduites par les victimes.

Si la CEDH a fermement reconnu une obligation de différenciation (entre des situations différentes de facto), découlant de l'interdiction de discrimination, la jurisprudence qui en est issue ne s'est pas révélée prometteuse du point de vue des droits spécifiques des minorités. La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux présente toutefois un potentiel plus prometteur, en ce sens qu'elle reconnaît qu'une jouissance effective et non discriminatoire des droits impose aux États de prendre en compte les différences pertinentes, si nécessaire en adoptant des mesures spécifiques. Dans la mesure où ces mesures spécifiques ne sont pas de nature compensatoire, il n'y a pas lieu qu'elles soient temporaires. Toutefois, le champ d'application (en ce qui concerne tant le fond que la durée) devrait aller dans le sens du principe de proportionnalité.

Étant donné que l'interdiction de discrimination constitue la limite du caractère acceptable — ou non — des mesures d'action positive, c'est l'interprétation (et l'application) de cette interdiction qui déterminera le champ d'application desdites mesures. Alors que la jurisprudence de la CJCE évolue dans le domaine de l'action positive et qu'elle semble de plus en plus reconnaître l'objectif d'égalité substantielle, elle reste néanmoins assez restrictive en ce qui concerne les formes d'action positive visant l'égalité de résultat. La pratique du CERD (et même du CDH) semble à cet égard plus flexible. Comme la CJCE semble accorder davantage d'importance au principe de proportionnalité dans sa récente jurisprudence, elle pourrait suivre la voie du CERD, notamment en ce qui concerne la directive sur l'égalité raciale. Non seulement cette directive reconnaît explicitement l'objectif d'égalité de facto de l'action positive, mais elle s'applique aussi à un contexte social différent de celui de l'égalité entre les hommes et les femmes. Il convient par ailleurs de souligner également le fait que l'article 5 de la directive sur l'égalité raciale ne limite pas l'action positive à des mesures correctives (de nature temporaire) mais inclut également la possibilité de mesures préventives.

Alors que la directive sur l'égalité raciale ne prévoit pas d'obligations explicites de promouvoir l'égalité, l'inclusion de nombreuses obligations positives de ce type dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, développées ensuite dans la pratique du CERD, pourrait se révéler instructive pour la CJCE, notamment dans la mesure où les obligations nationales positives à large portée interfèrent avec la sphère privée.

Pour ce qui concerne le champ d'application de l'interdiction de discrimination dans la directive sur l'égalité raciale, nous avons déjà indiqué que la définition de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) pourrait constituer une bonne base de référence. La pratique du CERD a aussi clairement montré que l'interdiction de la discrimination raciale indirecte offre également des possibilités de différenciations fondées sur la langue et la religion. Par ailleurs, il faut espérer que la CJCE suivra la recommandation générale n° 30 du CERD relative à l'exclusion des différenciations fondées sur la nationalité. Cette exclusion étant extrêmement circonscrite dans ladite recommandation, la discrimination raciale indirecte ne serait dès lors pas tolérée.

Enfin, une comparaison plus attentive de la directive sur l'égalité raciale et de la CCPMN fait ressortir la valeur ajoutée de la convention-cadre par rapport à la directive en ce qui concerne les objectifs de protection des minorités.

Même si les objectifs et thèmes primordiaux de ces deux documents semblent très différents, l'interprétation des concepts pertinents en ce qui concerne la portée *ratione personae* et *ratione materiae* ainsi que l'inclusion des considérations d'égalité substantielle pourraient impliquer un degré de convergence plus élevé. Il convient toutefois de tenir compte ici des limites des compétences de la CE.

La CCPMN présente l'avantage manifeste d'être résolument axée sur l'égalité substantielle et d'énoncer explicitement les types de droits spécifiques qui concernent particulièrement les minorités, notamment leur droit à l'identité. De plus, ces mesures spéciales ne sont pas intrinsèquement limitées aux seules mesures temporaires.

Par contre, même si elle se montre moins explicite sur les questions d'identité, la directive sur l'égalité raciale aborde des questions essentielles pour l'intégration au quotidien des minorités — questions qui ne sont pas couvertes ou aussi détaillées dans la convention-cadre. Plus spécifiquement, il s'agit de l'accès à l'emploi, aux soins de santé, aux biens et aux services mis à la disposition du public, etc. L'interprétation de la CJCE est attendue avec impatience, car sa jurisprudence permettra de déterminer si elle peut réellement contribuer à l'adoption de mesures spécifiques en faveur des minorités, et si ces mesures spécifiques peuvent également être de nature durable (et non simplement temporaire).

Quoi qu'il en soit, il convient de souligner le fait que la directive sur l'égalité raciale n'interdit pas tout l'éventail de mesures différenciées (ou spécifiques), adoptées au titre de la CCPMN. Non seulement la portée de l'application *ratione materiae* et *ratione personae* de la directive sur l'égalité raciale est limitée, mais des mesures spécifiques peuvent également résulter de l'interdiction de la discrimination indirecte, d'une obligation de promotion de l'égalité, ou peuvent être jugées acceptables en tant qu'action positive (visant également à prévenir les désavantages). Ces mesures doivent néanmoins être conformes au principe de proportionnalité, et (une fois encore) tout dépendra de l'interprétation adoptée (et du degré de contrôle).

Introduction

En matière de minorités et de traitement approprié à réserver aux personnes appartenant à des minorités, une question centrale consiste à déterminer s'il convient de leur accorder des droits «égaux» ou des droits «spécifiques». Il en résulte un autre débat, tout aussi essentiel, visant à déterminer si, outre cette interdiction de discrimination, il convient également de prévoir des droits «spécifiques» en faveur des minorités. Le cas échéant, il convient d'évaluer dans quelle mesure l'interdiction de discrimination apporte une réponse aux besoins spécifiques des minorités tout en contribuant à une protection adéquate desdites minorités (?).

De fait, ce lien entre la protection des minorités et la non-discrimination fait actuellement l'objet d'un débat, et il n'est donc pas surprenant que cette question ait également été évoquée dans le contexte de la directive de l'UE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive 2000/43/CE du 29 juin 2000; ci-après «directive sur l'égalité raciale»). Il existe en effet un lien manifeste entre, d'une part, les groupes raciaux et ethniques et, d'autre part, les minorités.

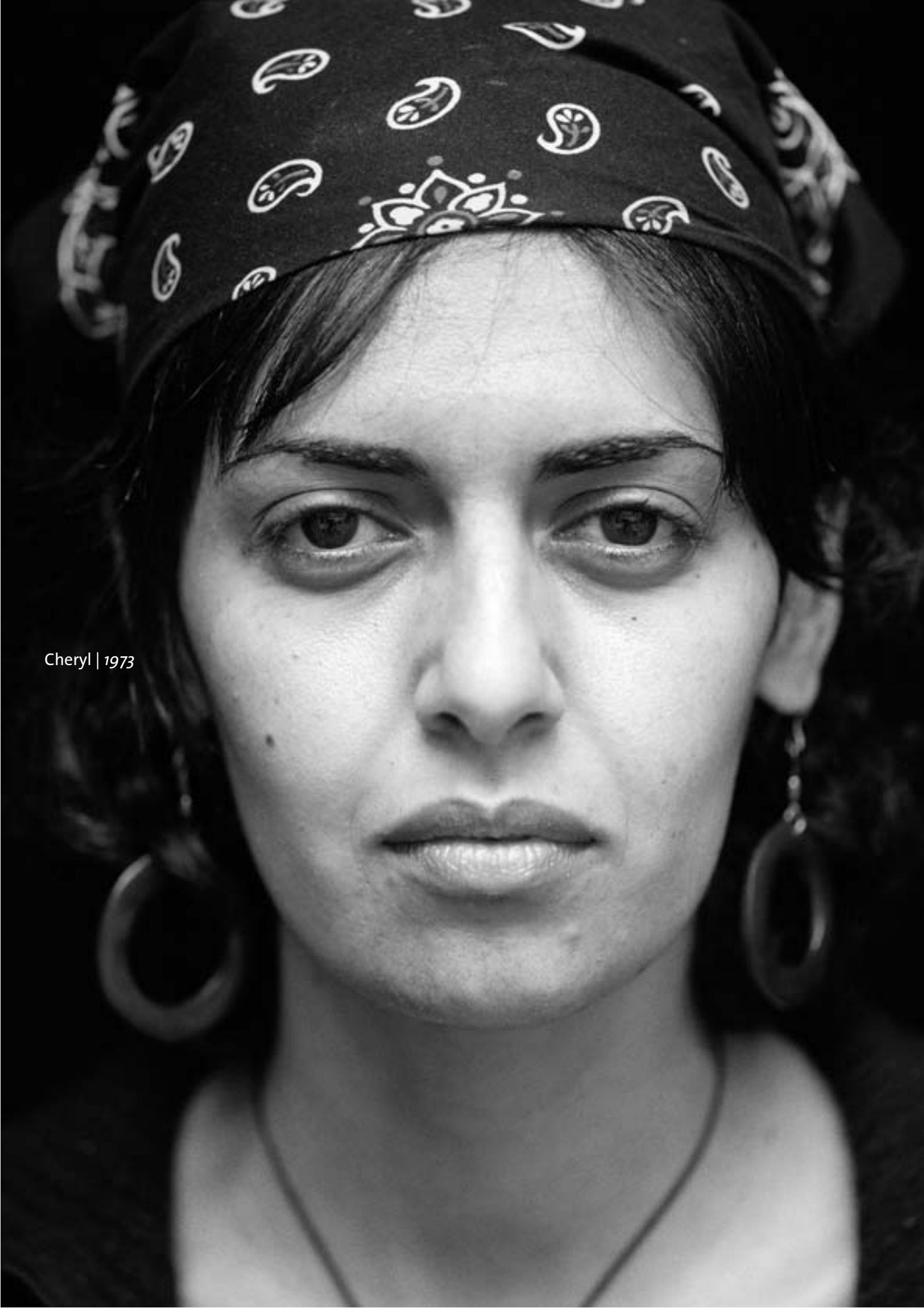
La présente étude démontrera l'absence de réponse bien tranchée à cette question, étant donné que tout dépend de l'interprétation des concepts en jeu. De fait, l'interprétation qui est donnée de l'«égalité» et de la «non-discrimination» ainsi que les approches en la matière jouent un rôle clé.

Si cette étude a été motivée par la volonté d'évaluer la directive sur l'égalité raciale quant à ces questions, l'auteur reconnaît également la pertinence des instruments de droit international qu'il va également aborder.

Il convient en outre de souligner le fait que certains États membres de l'UE se déclarent inquiets quant aux répercussions de l'interdiction de discrimination — inscrite dans la directive sur l'égalité raciale — sur les droits spécifiques en faveur des minorités — inscrits dans leur propre législation. En d'autres termes, ces pays souhaitent savoir si l'existence de droits spécifiques en faveur des minorités dans leur droit national pourrait être contraire aux dispositions de la directive sur l'égalité raciale. Même si la présente étude s'articule essentiellement autour de la question centrale mentionnée dans le premier paragraphe de l'introduction, cette deuxième question sera également examinée dans le cadre de cette réflexion.

Le présent rapport se compose de cinq chapitres et se termine sur une série de conclusions. Le chapitre 1 délimite le cadre théorique de la protection des minorités, dans lequel la question centrale doit être débattue. Après une identification des questions et des aspects pertinents (interprétation) de la directive sur l'égalité raciale (chapitre 2), l'étude porte sur la possibilité d'inférer des orientations à partir de la pratique de surveillance sur le plan d'autres dispositions internationales en matière d'égalité (chapitre 3) ainsi qu'à partir de certaines approches adoptées par les États membres de l'UE (chapitre 4). Le chapitre 5 propose une évaluation globale de la contribution potentielle de la directive sur l'égalité raciale en matière de protection des minorités, par rapport à la pratique exercée en vertu de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CCPMN).

(?) Concernant les deux piliers d'un système adéquat de protection des minorités, voir également infra, chapitre 1.



Cheryl | 1973

Chapitre 1

Cadre théorique

Après quelques considérations relatives au concept de «minorité», nous aborderons les thèmes centraux de la protection des minorités, ainsi que les deux principes — ou piliers — clés d'un système approprié de protection des minorités. Les besoins spécifiques des minorités seront cernés pour examiner la façon dont ils se traduisent dans les droits existants en faveur des minorités et déterminer ensuite les questions clés portant sur le lien entre l'interdiction de discrimination, d'une part, et la protection des minorités, d'autre part.

1.1. Définition du terme «minorité» et introduction aux préoccupations spécifiques aux minorités

L'examen et l'évaluation de mesures importantes pour la protection des minorités présupposent que le sens du concept de «minorité» est clair. Cependant, il n'existe, à ce jour, aucune définition universellement admise de ce terme ⁽³⁾. Néanmoins, en passant au crible les différentes définitions proposées par des intellectuels et provenant d'organisations internationales, il émerge un «noyau» d'éléments objectifs et subjectifs permettant de définir ce terme ⁽⁴⁾. Il semble toutefois exister un large consensus quant à l'exigence de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques stables — différant de celles du reste de la population —, d'une position numériquement minoritaire, d'une non-domination et d'un souhait, de la part des minorités en question, de préserver une identité culturelle distincte et qui leur est propre ⁽⁵⁾. Malgré certaines réticences, il se dégage une tendance internationale où les exigences de nationalité disparaissent au profit de l'acceptation de l'identification de minorités au niveau régional ⁽⁶⁾.

Dans la mesure où les instruments du Conseil de l'Europe et de l'OSCE se concentrent sur les minorités «nationales», alors que les Nations unies évoquent des minorités «ethniques, religieuses ou linguistiques», il semble important de souligner le fait ⁽⁷⁾ que les adjectifs «national» et «ethnique, religieux ou linguistique» doivent s'entendre comme recouvrant des notions plus ou moins identiques. L'importance de cette précision tient également au fait que l'UE, dans la mesure où elle s'intéresse explicitement aux minorités dans ses politiques internes [du moins en

⁽³⁾ À l'exception de la convention de 1994 de l'initiative centrale européenne pour la protection des droits des minorités (article 1), aucun document international juridiquement contraignant ne contient de définition de ce concept, marqué par les susceptibilités. Voir aussi: Meijknecht, A., *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International law* (Intersentia, Antwerpen, 2002), p. 69.

⁽⁴⁾ Voir aussi: Pentassuglia, G., *Minorités en droit international* (Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004), p. 57 et 58 (du texte anglais *Minorities in International Law*, Conseil de l'Europe, 2002).

⁽⁵⁾ Il convient de souligner que ces discussions ont joué tant pour le concept de «minorité nationale» (Europe) que pour celui de «minorité ethnique» (Nations unies). Pour une discussion plus approfondie, qu'il n'est pas possible de reproduire ici dans son intégralité, voir Henrard, K., *Devising an Adequate System of Minority Protection: Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self Determination* (KLI, Den Haag, 2000), p. 30-48.

⁽⁶⁾ Commission de Venise, avis sur les groupes de personnes auxquels la convention-cadre pour la protection des minorités nationales pourrait s'appliquer en Belgique, CDL-AD (2002) 1, mars 2002. Voir aussi: Thornberry, P., et Martin Estebanez, M. A., *Minority Rights in Europe* (Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004), p. 93 et 95.

⁽⁷⁾ Discussion complète dans Henrard, K., *Devising an Adequate System of Minority Protection...*, p. 53-55. Certains arguments selon lesquels les termes «minorité nationale» revêtent une dimension supplémentaire par rapport à ceux de «minorité ethnique» ont été avancés. Cependant, dans le cadre d'organisations internationales, ces concepts soulèvent des discussions analogues, et les définitions qu'ils ont reçues se ressemblent. Voir aussi: Pentassuglia, G., *Minorités en droit international* (Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004), p. 63 (du texte anglais *Minorities in International Law*, Conseil de l'Europe, 2002); Thornberry, P., et Martin Estebanez, M. A., *Minority Rights in Europe* (Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004), p. 93 et 94.

termes de stratégie européenne pour l'emploi et de processus communautaire d'inclusion sociale ⁽⁸⁾], tend à se concentrer sur les «minorités ethniques».

Les caractéristiques «distinctes» des minorités étant leur langue, leur religion et/ou leur culture, nul ne s'étonnera que les questions et aspects particulièrement pertinents en ce qui concerne les minorités aient trait à leur droit de parler leur propre langue et de communiquer dans celle-ci (dans de nombreux contextes différents tels que l'éducation, les médias et la communication avec les autorités), aux droits en rapport avec la culture et avec un mode de vie traditionnel propre. L'éducation, les médias et la participation politique revêtent en outre une importance particulière pour les minorités, étant donné que ce sont autant d'importants «instruments» de protection et de promotion de l'identité propre ⁽⁹⁾.

1.2. Thèmes centraux de la protection des minorités

L'égalité substantielle, réelle ou la pleine égalité (par opposition à la simple égalité formelle) et le droit à une identité propre sont deux objectifs et thèmes clés de la protection des minorités.

1.2.1. Égalité substantielle

Il est possible de distinguer plusieurs conceptions différentes de l'égalité. Il importe surtout de distinguer, d'une part, l'égalité formelle (ou l'égalité prise au sens d'uniformité des droits), qui vise un traitement identique de tous les individus et, d'autre part, l'égalité substantielle, ou égalité réelle ou encore la pleine égalité. La pleine égalité reconnaît l'existence de situations de départ différentes, pouvant nécessiter un traitement différencié pour obtenir une véritable égalité dans la pratique. Cette égalité substantielle — c'est-à-dire la nécessité d'octroyer, officiellement, un traitement différent pour assurer l'égalité de traitement dans les faits — constitue ce qu'on appelle «le paradoxe du principe de l'égalité». Aristote l'avait déjà subtilement appréhendé et formulé, en affirmant que «quand des personnes sur un pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes sur un pied d'inégalité ont et obtiennent un traitement égal, de là viennent les disputes». En d'autres termes, l'octroi de droits «spécifiques» ou d'un traitement différencié n'est pas nécessairement en contradiction avec le principe de l'égalité des droits. Toutefois, l'égalité substantielle ne vise pas à autoriser purement et simplement n'importe quelle forme ou n'importe quel degré de traitement différencié ⁽¹⁰⁾. À cet égard, l'égalité réelle ou substantielle peut également être considérée comme une limite aux droits «spécifiques». Cependant, dans la mesure où la mise en pratique de l'égalité de traitement nécessite parfois un traitement différencié ou l'octroi de droits spécifiques, ces différences ne constituent en aucune façon des privilèges, en ce sens que ces droits et différences ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire pour parvenir à une réelle égalité de traitement. Parallèlement, la situation de vulnérabilité des personnes appartenant aux minorités ethniques exige une attention accrue pour l'égalité d'accès

⁽⁸⁾ Dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi (SEE), chaque État membre doit élaborer un programme national de réforme (anciennement dénommé «plan d'action national») indiquant les modalités de mise en œuvre des lignes directrices pour l'emploi. Depuis 1999, celles-ci font expressément référence aux minorités ethniques (ligne directrice n° 9 en 1999 et 2000, ligne directrice n° 7 depuis 2001). Voir aussi, notamment, le rapport conjoint sur l'inclusion sociale 2004 (Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 2004), p. 8 et 9; la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions; le rapport conjoint sur la protection sociale et l'inclusion sociale [SEC(2005) 69], p. 5, 6 et 10; le rapport conjoint sur la protection sociale et l'inclusion sociale (Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 2006), p. 8, 10, 14 et 16.

⁽⁹⁾ Voir notamment Henrard, K., *Devising an Adequate System of Minority Protection...*, p. 64-68.

⁽¹⁰⁾ Les limites au traitement différencié sont traduites notamment par «en proportion de» dans la formule d'Aristote; elles peuvent avoir une corrélation avec la centralité du principe de proportionnalité (voir infra).

à l'emploi et aux services publics, et pour une participation efficace à la vie économique, sociale et culturelle ainsi qu'aux affaires publiques.

Alors que la prescription selon laquelle «entre deux personnes égales, les objets devront être égaux» apparaît assez importante et positive du point de vue des minorités, en ce sens qu'elle concerne les règles officielles susceptibles de provoquer l'exclusion, ce que les minorités souhaitent en fin de compte, c'est obtenir une égalité de traitement de facto avec le reste de la population.

À ce stade, il convient de rappeler que les minorités se trouvent souvent dans une position défavorisée, qui ne peut pas toujours être entièrement imputable à des dissemblances explicites, mais où des stéréotypes négatifs (par exemple en matière d'emploi, d'accès aux services, etc.) interviennent souvent, de même que des processus décisionnels qui ne tiennent tout simplement pas compte des préoccupations/besoins des minorités, notamment sur le plan linguistique, culturel, religieux, etc., car ces minorités n'ont pas voix au chapitre.

1.2.2. Le droit à l'identité

Dans la mesure où le droit à l'identité reste un concept relativement flou et mal défini, il est permis d'alléguer qu'en matière de protection des minorités, le droit à l'identité peut faire référence aux diverses caractéristiques distinctives des minorités, telles que la langue, la culture et la religion ⁽¹¹⁾.

Quoi qu'il en soit, il importe d'insister sur le fait que l'«identité minoritaire» est un concept à forte connotation collective, à l'instar du phénomène de minorité lui-même. Dès lors, la mesure dans laquelle un certain mécanisme implique une reconnaissance et une protection de cette dimension de groupe est importante pour évaluer la contribution potentielle de ce mécanisme à une protection appropriée des minorités.

1.3. Les deux piliers d'un système approprié de protection des minorités

Il est communément admis qu'un système adéquat de protection des minorités repose sur deux piliers. Le premier concerne la non-discrimination, complétée par des droits de l'homme d'une pertinence spécifique pour la protection des minorités. Le second pilier a trait, quant à lui, aux normes spécifiques applicables aux minorités, visant à protéger et à défendre leur droit à l'identité.

L'idée selon laquelle un système approprié de protection des minorités (tenant compte de l'égalité substantielle et des considérations en rapport avec l'identité) reposerait sur ces deux piliers remonte en fait à un avis de la Cour permanente de justice internationale ⁽¹²⁾, opérationnelle à l'époque de la Ligue des Nations. Ce point de vue a été corroboré par les Nations unies ⁽¹³⁾ et, dans ses grandes lignes, par la littérature académique ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Voir infra pour un bref aperçu de la manière dont ce droit à l'identité a été traduit jusqu'à présent en droits spécifiques des minorités.

⁽¹²⁾ Cour permanente de justice internationale, écoles minoritaires en Albanie, avis consultatif, 6 avril 1935, *CPJI*, série A/B, Recueil n° 64, 1935, p. 17.

⁽¹³⁾ À ce propos, l'on peut se référer à la création, en 1952, de la sous-commission des Nations unies pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités, à l'inclusion de l'article 27 dans le PIDCP en supplément aux droits de l'homme et à la prohibition de la discrimination et à la proclamation en 1992 par les Nations unies de la déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

⁽¹⁴⁾ Voir notamment: Benoit-Rohmer, F., *La question minoritaire en Europe: vers un système cohérent de protection des minorités nationales* (Institut international de la démocratie, Strasbourg, 1996), p. 16; Henrard, K., *Devising an Adequate System of Minority Protection...*, p. 8-11; Pentassuglia, G., *Minorités en droit international* (Les Éditions du Conseil de l'Europe, 2004), p. 91-93 (du texte anglais *Minorities in International Law*, Conseil de l'Europe, 2002).

Il convient néanmoins de reconnaître que ce point de vue n'est pas universellement admis. En effet, certains intellectuels et certains pays soutiennent qu'une protection efficace du premier pilier (droits de l'homme généraux) pourrait suffire (écartant ainsi la nécessité d'un second pilier prévoyant des droits «spécifiques» en faveur des minorités)⁽¹⁵⁾.

Puisque le rejet de ce second pilier est lié, dans une certaine mesure, à des inquiétudes quant à l'octroi de ces «droits spécifiques», il convient de souligner le fait que les droits des minorités se situent en fait en dehors de la sphère des droits de l'homme, même s'ils sont considérés comme faisant partie intégrante de celle-ci. L'article 1 de la CCPMN (notamment) reconnaît explicitement cet aspect en affirmant que «la protection des minorités nationales et des droits et libertés des personnes appartenant à ces minorités fait partie intégrante de la protection nationale des droits de l'homme...»⁽¹⁶⁾. Cette déclaration revêt une réelle importance puisqu'elle réfute le fait que les «droits des minorités» sont «étrangers» à ce cadre et appartiennent dès lors à une toute autre sphère⁽¹⁷⁾.

Néanmoins, le fait que les droits des minorités fassent partie intégrante du dispositif plus général de protection des droits de l'homme ne signifie nullement que les droits des minorités sont nécessairement identiques aux droits de l'homme généraux. Ainsi que nous l'expliquerons ci-après de manière détaillée, l'interprétation donnée à ces droits respectifs y sera pour beaucoup. Cependant, l'ajout — jugé nécessaire — de l'article 27 au pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) signifie sans doute que les droits octroyés aux personnes appartenant à des groupes minoritaires ont été considérés comme allant au-delà des autres droits de l'homme généraux, puisque ledit article aurait alors été superflu. Outre cet argument, il est également permis de souligner que les droits des minorités devraient être considérés comme faisant partie de l'une des nombreuses catégories des droits de l'homme spécifiques prévus pour des personnes appartenant à des groupes particulièrement vulnérables. D'autres exemples bien connus de ce type de droits «spécifiques» figurent dans la convention relative aux droits de l'enfant, dans les différents instruments sur les droits des travailleurs migrants, des détenus ou encore des personnes handicapées. La situation vulnérable dans laquelle se trouvent ces personnes explique la nécessité de leur octroyer des niveaux substantiellement égaux de protection de leur dignité humaine (le principe fondateur des droits de l'homme).

1.4. Vers un nouvel équilibre entre ces deux piliers

Au cours de ces dernières années, de nombreuses contributions ont déjà tenté de déterminer si les droits de l'homme généraux et l'interdiction de discrimination suffisaient à garantir une protection adéquate des minorités, ou s'il fallait les compléter en octroyant aux minorités des droits spécifiques⁽¹⁸⁾. Il n'est cependant pas inutile de réexaminer cette question étant donné que les normes concernées intègrent des concepts et des expressions dont

⁽¹⁵⁾ Voir notamment: O'Brien, C. C., «What Rights Should Minorities Have?», in Whitaker, B. (éd.), *Minorities: A Question of Human Rights?* (Pergamon, Oxford, 1984), p. 21; Raikka, J. (éd.), *Do we Need Minority Rights? Conceptual Issues* (Martinus Nijhoff, Den Haag, 1996); Rodley, N. S., «Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments», *H.R.Q.* (1995), p. 64.

⁽¹⁶⁾ Hilpold, P., «Article 23», in Weller, M. (éd.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (OUP, New York, 2005), p. 568.

⁽¹⁷⁾ Voir aussi: Heintze, H. J., «Article 1», in Weller, M. (éd.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (OUP, New York, 2005), p. 86 et 87; Hilpold, P., «Article 23», p. 568; Malloy, T., «The Title and the Preamble», in Weller, M. (éd.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (OUP, New York, 2005), p. 70-72; Schwimmer, W., «Opening Speech», *Filling the Frame* (Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg), p. 13 («Discours d'ouverture», *Du contour au contenu*, Les Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2004).

⁽¹⁸⁾ Voir notamment les références dans les notes de bas de page supra et infra.

le champ d'application exact doit faire l'objet d'une interprétation. Cette interprétation n'est pas (nécessairement) statique, comme l'a déjà souligné à maintes reprises la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ⁽¹⁹⁾.

À ce propos, il est permis de soutenir que s'il est possible d'identifier (de renforcer et de consolider) certaines évolutions jurisprudentielles du premier pilier en faveur de l'égalité substantielle et du droit à l'identité, l'importance relative des deux piliers en ce qui concerne la mise en place d'un système adéquat de protection des minorités pourrait s'en trouver influencée. Et s'agissant de la question centrale faisant l'objet du présent rapport, certaines interprétations de la non-discrimination (plus précisément en ce qui concerne son champ d'application) pourraient ainsi intégrer/prévoir ou même imposer une obligation d'adopter des mesures spéciales en faveur des minorités, permettant ainsi de réelles avancées en termes de protection des minorités.

1.5. Besoins spéciaux des minorités, droits (spécifiques) en faveur des minorités et questions pertinentes concernant le lien entre la non-discrimination et la protection des minorités

Les besoins spéciaux des minorités qui seront abordés ont tous un lien avec les deux thèmes centraux de la protection des minorités, à savoir l'égalité substantielle, ou réelle et effective et le droit à l'identité. Ceux-ci doivent être compris dans le contexte de la position défavorisée des personnes appartenant à ces groupes.

Les minorités étant, par définition, extrêmement désireuses de préserver et de défendre leur identité, elles tiennent aussi à voir reconnaître leur droit à une langue minoritaire (notamment dans leurs relations avec les autorités publiques, en ce qui concerne les indications topographiques et les noms) et à mener leur propre style de vie. La préservation de l'identité de la minorité et la défense de cette identité dépendent aussi de la réglementation en matière d'éducation et d'enseignement (la langue de l'enseignement, la religion enseignée, l'éducation à la culture, les aspects plus généraux des programmes) et de médias (accès de la minorité aux médias, les langues minoritaires dans les médias, les programmes destinés aux minorités, etc.). La participation à la vie politique semble même revêtir une importance plus grande encore que celle de l'éducation et des médias. La participation politique peut s'étendre à des aspects très nombreux et divers, mais elle recouvre incontestablement la «participation aux processus décisionnels», laquelle ne concerne pas uniquement les systèmes électoraux, et la possibilité de participer au processus législatif, mais aussi la représentation au sein du service civil, de la police et du pouvoir judiciaire ⁽²⁰⁾.

Les normes existantes spécifiques aux minorités répondent à leurs préoccupations spécifiques et tiennent compte, de manière plus ou moins détaillée et explicite, du principe sous-jacent de l'égalité substantielle et du droit à l'identité. L'article 27 du PIDCP reste très vague et très général, se bornant à affirmer que les personnes appartenant à des groupes minoritaires ne peuvent être privées du droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue, sans fournir d'autres explications sur ce que cela pourrait impliquer. L'observation générale n° 23 du Comité des droits de l'homme (CDH) sur l'article 27 est un peu plus explicite et souligne notamment que le concept de culture recouvre un mode de vie particulier ⁽²¹⁾. Selon le CDH, les États sont également tenus d'adopter des mesures positives de protection dans le cadre des relations horizontales entre des parties privées ⁽²²⁾. Le CDH fait en outre remarquer que la jouissance effective des

⁽¹⁹⁾ En outre, la jurisprudence n'est pas non plus toujours interprétée d'une même manière, comme en témoignent les différences entre les articles de Hoffmann et ceux de l'auteur.

⁽²⁰⁾ Voir notamment Henrard, K., «Participation', 'Representation' and 'Autonomy' in the Lund Recommendations and their Reflections in the Supervision of the FCNM and Several Human Rights Conventions», 12 *IJMGR* 2005, p. 134-140.

⁽²¹⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23 («Les droits des minorités»), paragraphe 7.

⁽²²⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23, paragraphe 6.1.

droits individuels consacrés par l'article 27 dépend de la capacité du groupe minoritaire à préserver sa culture, sa langue ou sa religion. Tout en reconnaissant la dimension collective du phénomène des minorités, le CDH admet également que «les États devront également parfois prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités»⁽²³⁾.

L'observation générale n° 23 souligne également que l'article 27 du PIDCP doit être distingué des dispositions antidiscriminatoires dudit pacte⁽²⁴⁾ et qu'il consacre un droit «distinct ou complémentaire de tous les autres droits dont ils peuvent jouir, conformément au pacte, en tant qu'individus, en commun avec toutes les autres personnes»⁽²⁵⁾, un énoncé qui reconnaît incontestablement la structure à deux piliers. Des arguments similaires peuvent être formulés sur la base du point 5.3 de l'observation générale en question, selon lequel le droit (des minorités) d'employer leur propre langue, consenti au titre de l'article 27 du pacte, doit être distingué des autres droits linguistiques (humains et généraux) du pacte.

La *déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques de 1992* (déclaration des Nations unies sur les minorités), inspirée par l'article 27 du PIDCP, contient toutefois des dispositions plus détaillées. Non seulement la déclaration souligne la nécessité d'assurer l'égalité effective et intégrale et les obligations d'action positive qui en résultent⁽²⁶⁾, mais elle aborde explicitement le droit de participer à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique⁽²⁷⁾, le droit de participer effectivement aux décisions prises aux échelons national et régional concernant la minorité à laquelle elles se rapportent⁽²⁸⁾, et plusieurs aspects en rapport avec l'éducation et l'enseignement présentant une importance particulière pour les minorités⁽²⁹⁾. Il est intéressant de noter que la déclaration souligne spécifiquement l'importance de la participation à part entière au progrès économique et au développement dans leur pays des personnes appartenant aux minorités⁽³⁰⁾.

La *déclaration de Copenhague de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe* (OSCE) de 1990⁽³¹⁾ aborde précisément ces mêmes thèmes, à l'exception du dernier. Ce document s'intéresse en outre à la question clé de la langue employée par les membres des minorités dans leurs communications avec les autorités publiques.

Nul ne s'étonnera que la *convention-cadre de 1995 pour la protection des minorités nationales*, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe, reprenne également ces thèmes (à l'exception, une fois encore, d'une référence explicite à la participation à part entière des personnes issues de minorités au progrès économique et au développement)⁽³²⁾. Il convient cependant de reconnaître que la CCPMN est bien plus élaborée que tout autre instrument antérieur visant spécifiquement la protection des minorités. Elle a par ailleurs prévu une disposition sur les noms et les indications topographiques dans la langue minoritaire⁽³³⁾.

⁽²³⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23, paragraphe 6.2.

⁽²⁴⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23, paragraphe 4.

⁽²⁵⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23, paragraphe 1.

⁽²⁶⁾ Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, ONU (résolution 47/135 de l'AG, dénommée ci-après «déclaration des Nations unies sur les minorités»), article 4, paragraphes 1 et 2.

⁽²⁷⁾ Déclaration des Nations unies sur les minorités, article 2, paragraphe 2.

⁽²⁸⁾ Déclaration des Nations unies sur les minorités, article 2, paragraphe 3.

⁽²⁹⁾ Déclaration des Nations unies sur les minorités, article 4, paragraphes 3 et 4.

⁽³⁰⁾ Déclaration des Nations unies sur les minorités, article 4, paragraphe 5.

⁽³¹⁾ Document de la réunion de Copenhague de la conférence sur la dimension humaine de l'OSCE, 29 juin 1990, respectivement paragraphes 31, 33, 35 et 34.

⁽³²⁾ Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 1^{er} février 1995, SRE n° 157 (dénommée ci-après «CCPMN»), respectivement articles 4, 5, 10, 12-14 et 15.

⁽³³⁾ Voir CCPMN, article 11.

Ce ne sont pas là les seules caractéristiques de la convention-cadre. En effet, celle-ci ne se contente pas de consacrer des droits spécifiques en faveur des minorités, elle reprend aussi explicitement des droits de l'homme de portée générale ayant une importance particulière pour les minorités, tout en conférant une dimension explicite à ces droits d'une importance particulière pour les minorités ⁽³⁴⁾. Il convient toutefois de rappeler ici que la frontière entre les droits de l'homme généraux et les droits spécifiques n'est pas parfaitement nette puisqu'elle dépend de l'interprétation adoptée.

L'interprétation des normes spécifiques applicables aux minorités revêt également une importance fondamentale étant donné qu'elles sont souvent émaillées de clauses conditionnelles, telles que «si la demande est suffisante», «le cas échéant», «dans la mesure du possible», «si les personnes concernées en font la demande et si celle-ci correspond à un besoin», alors que les obligations imposées aux États sont souvent formulées en des termes tels que «s'efforce(nt) d'assurer». À première vue, ces dispositions semblent pointer vers des obligations extrêmement limitées pour les États, à qui elles laisseraient une importante marge de manœuvre discrétionnaire. La pratique de surveillance du Comité consultatif au titre de la CCPMN met cependant en évidence une marge discrétionnaire plus limitée qu'il n'y paraît ⁽³⁵⁾. Plusieurs recommandations (et orientations) formulées par des experts indépendants et adoptées par le Haut Commissaire pour les minorités nationales proposent également des interprétations «fortes» des normes spécifiques pour la protection des minorités ⁽³⁶⁾. Une fois encore, les thèmes de ces recommandations recouvrent plusieurs questions déjà évoquées. Retenons ici les recommandations de La Haye relatives aux droits des minorités nationales en matière d'éducation (1996), les recommandations d'Oslo relatives aux droits linguistiques des minorités nationales (1998), les recommandations de Lund sur la participation effective des minorités nationales à la vie publique (1999), les lignes directrices sur l'utilisation des langues minoritaires dans les médias de radiodiffusion (2003) et la recommandation de 2006 sur la police dans les sociétés multiethniques ⁽³⁷⁾.

Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, au moment d'analyser dans quelle mesure les normes antidiscriminatoires sont susceptibles de contribuer à la protection des minorités, il convient surtout d'identifier des voies d'accès menant à l'égalité substantielle, à la protection et à la promotion du droit à l'identité (ainsi qu'aux divers autres thèmes pertinents identifiés ci-dessus). Il est alors possible de procéder à une subdivision et de dégager deux grandes catégories de questions pertinentes: d'une part, dans quelle mesure l'interprétation de l'interdiction de discrimination ouvre-t-elle la voie à l'égalité substantielle et, d'autre part, quelle est la portée de l'interdiction de discrimination. Il est possible de dégager une série de sous-thèmes ⁽³⁸⁾. Les sous-thèmes suivants — sans prétendre à l'exhaustivité — revêtent une importance particulière à cet égard: la reconnaissance de la discrimination indirecte, la définition d'une obligation d'appliquer un traitement différencié en matière de non-discrimination, une obligation plus générale de promouvoir l'égalité, l'égalité de traitement et l'acceptation des mesures d'action positive.

⁽³⁴⁾ Voir CCPMN, articles 7 à 9, 10, paragraphe 3, 12, paragraphe 3, et 13. Voir aussi: Henrard, K., «The added value of the FCNM: the two pillars of an adequate system of minority protection revisited», qui doit être édité par Intersentia dans un ouvrage publié par B. de Witte e.a.

⁽³⁵⁾ Voir notamment: Henrard, K., «Ever-increasing Synergy towards a Stronger Level of Minority Protection between Minority-Specific and Non-Minority Specific Instruments», *European Yearbook of Minority Issues* 2003/4, p. 19 et 20; Letschert, R. M., *The Impact of Minority Rights Mechanisms* (TMC Asser Press, Den Haag, 2005), p. 168, 169 et 175.

⁽³⁶⁾ Voir notamment Letschert, R., *The Impact of Minority Rights Mechanisms*, p. 73 et 74.

⁽³⁷⁾ Ces recommandations thématiques se trouvent à l'adresse <http://www.osce.org/hcnm/documents.html>.

⁽³⁸⁾ Voir notamment: Henrard, K., «Non-Discrimination and the Equality Principle», in Weller, M. (éd.), *Jurisprudence Digest: Minority Protection*, qui doit être publié par OUP (octobre 2006), 57 p. Voir également les deux rapports que j'ai terminés récemment pour le Conseil de l'Europe, DH-MIN(2006)020 et DH-MIN(2006)021, concernant l'impact sur la protection des minorités nationales des normes internationales relatives à la non-discrimination en combinaison avec les droits de l'homme (CEDH et plusieurs conventions des Nations unies).

Au moment d'évaluer le lien entre l'action positive et l'interdiction de discrimination, il est essentiel de garder à l'esprit que l'«action positive» concerne un large éventail de mesures, dont certaines sont axées sur la réalisation de l'égalité des chances, alors que d'autres vont au-delà et vont jusqu'à viser l'égalité de résultat ⁽³⁹⁾. Si ces dernières sont plus résolument axées sur l'égalité substantielle, elles sont aussi généralement plus controversées, voire souvent mal accueillies (notamment par la CJCE) ⁽⁴⁰⁾. Avant d'examiner de manière plus approfondie la seconde catégorie de thèmes clés en rapport avec la non-discrimination et la protection des minorités, il est utile de souligner le fait que plusieurs de ces «ouvertures vers l'égalité substantielle», et notamment la discrimination indirecte et l'action positive, impliquent une attention particulière pour la dimension collective, étant donné qu'elles se concentrent précisément sur des groupes ⁽⁴¹⁾.

Compte tenu de l'importance particulière de l'interdiction de discrimination pour les minorités, il semble évident que plus la portée de l'interdiction de discrimination sera vaste, mieux les minorités s'en trouveront protégées. De multiples facteurs déterminent le champ d'application de l'interdiction de discrimination. Ceux-ci peuvent être regroupés selon la portée *ratione personae* et selon la portée *ratione materiae*. Pour ce qui concerne la portée *ratione personae*, il convient d'établir une distinction entre les interdictions de discrimination fondées sur une liste ouverte et celles fondées sur une liste fermée de motifs (de discrimination). Les motifs d'une importance particulière pour les minorités ont bien évidemment un rapport avec les caractéristiques relatives à l'identité des minorités: la langue, la religion, l'origine ethnique/la race. À ce stade, il convient de souligner ici le fait que les systèmes aux motifs fermés peuvent être «surpassés» en ayant recours à la «discrimination indirecte», dans le sens où une différenciation fondée sur un motif non couvert peut être reformulée comme constituant une discrimination indirecte pour un motif de discrimination couvert ⁽⁴²⁾. Une deuxième dimension du champ d'application *ratione personae* a trait à la question suivante: l'interdiction est-elle limitée à la sphère publique ou concerne-t-elle également la sphère privée? Le champ d'application *ratione materiae* est déterminé par la question du caractère accessoire — ou non — de l'interdiction de discrimination. Une interdiction accessoire de la discrimination est limitée en ce sens que la discrimination n'est interdite que sur la base des autres droits inscrits dans l'instrument juridique en question. Dans le droit communautaire (et quel que soit l'instrument juridique en question), l'interdiction de discrimination se limite toujours aux compétences et aux pouvoirs conférés à l'Union. La portée de cette interdiction ne peut donc être universelle ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ Voir aussi: Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting on Inequalities in European Equality Law», *European Law Review*, 2003, (28) 3, p. 353; Wentolt, K., «Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality», in Loenen, T., et Rodriguez, P. R. (éd.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives* (Martinus Nijhoff, Den Haag, 1999), 58; Bossuyt, M., rapport final présenté à la sous-commission des Nations unies: *La notion d'action positive et son application pratique*, 61E/CN.4/Sub.2/2002/21, p. 8 et 9.

⁽⁴⁰⁾ Voir notamment: Caruso, D., «Limits of the Classic Method: Positive Action in the EU after the New Equality Directives», *Harvard International Law Journal* 2003, p. 332; Waddington, L., «The New Equality Directives: Mixed Blessings», in Costelloy, C., et Barry, E. (éd.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), p. 51; Waddington, L., et Bell, M., «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», (2001) 38 (3), *Common Market Law Review*, p. 601. Voir infra pour des références de jurisprudence sur la question et une discussion à ce sujet.

⁽⁴¹⁾ Voir notamment: Caruso, D., «Limits of the Classic Method», p. 357; McCrudden, Ch., «Theorising Equality Law», in Costelloy, C., et Barry, E. (éd.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), p. 23 et 24.

⁽⁴²⁾ Un exemple archétypal serait une différenciation entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps plein à laquelle ne s'appliquerait pas, à première vue, une interdiction de discrimination fondée sur la race, le sexe ou la religion. Cependant, une telle différenciation peut être reformulée en discrimination indirecte touchant à l'égalité entre les hommes et les femmes, car les femmes, étant donné qu'elles travaillent beaucoup plus souvent à temps partiel, sont affectées de manière disproportionnée.

⁽⁴³⁾ Voir notamment: Bell, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union* (OUP, Oxford, 2002), p. 122-124; Ellis, E., *EU Anti-discrimination Law* (OUP, Oxford, 2005), p. 253 et 254.



Wim | 1992

Chapitre 2

La directive sur l'égalité raciale

Le présent chapitre n'entend pas examiner de manière détaillée la directive sur l'égalité raciale mais se propose d'identifier des questions pertinentes par rapport à l'objet du présent rapport, à savoir le degré de prise en compte des minorités et de leurs besoins spécifiques dans cette directive sur l'égalité raciale. Par conséquent, le texte de la directive sera évalué 1) du point de vue de l'ouverture vers l'égalité substantielle et 2) du point de vue de la portée de l'interdiction de discrimination (en ce qui concerne le droit à l'identité et les thèmes pertinents à cet égard) ⁽⁴⁴⁾. Il convient de souligner le fait que si l'intitulé de la directive fait référence au principe de l'égalité de traitement, le paragraphe 1 de son article 2 en précise le sens, en l'assimilant à l'interdiction de toute discrimination.

Dans la mesure où la CJCE n'a pas encore développé de jurisprudence susceptible de clarifier la signification exacte des dispositions de la directive sur l'égalité raciale, il convient d'identifier des aspects pertinents en vue de leur interprétation et d'esquisser des scénarios probables, sur la base de la jurisprudence existante dans le domaine de l'interdiction de la discrimination fondée sur le genre. Il est en effet généralement admis que c'est sur sa jurisprudence en matière de discrimination fondée sur le genre que la CJCE basera son argumentation concernant d'autres motifs, tels que la race et l'origine ethnique. Toutefois, force est de reconnaître également qu'au vu des divergences textuelles et des contextes sociaux différents pour ces autres motifs, il apparaît improbable que cette jurisprudence puisse être (soit) transposée telle quelle ⁽⁴⁵⁾.

2.1. Portée de l'interdiction de discrimination

2.1.1. Portée *ratione personae*

Comme l'indique l'intitulé complet de la directive sur l'égalité raciale, celle-ci se concentre sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique. Il est toutefois surprenant que ni la directive ni son exposé des motifs ⁽⁴⁶⁾ ne définissent ces concepts. Le préambule indique seulement que l'Union européenne rejette toute théorie tendant à déterminer l'existence de races humaines distinctes. Étant donné que la question de l'«origine ethnique» est explicitement abordée par la directive, la pertinence de celle-ci pour les groupes ethniques, y compris les minorités ethniques, est toutefois évidente, comme le confirme d'ailleurs la référence faite à ces minorités dans le considérant 8 de la directive. D'aucuns ont néanmoins critiqué l'absence de définition

⁽⁴⁴⁾ Au vu de l'importance particulière de l'interdiction de discrimination pour la protection des minorités, des mesures contribuant à l'efficacité de la protection sont essentielles (Bell, M., «Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive», *European Law Journal* 2002, p. 393). À ce propos, on peut relever, dans la directive relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, plusieurs dispositions qui ont clairement pour objectif de renforcer la protection contre la discrimination, notamment les dispositions concernant le renversement de la charge de la preuve (article 8), les sanctions effectives et dissuasives (article 15), la protection contre les rétorsions (article 9) et la qualité pour agir prise au sens large (article 7). De même, l'obligation faite à l'article 13 de créer des organismes nationaux chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique est également importante au vu des préoccupations concernant l'efficacité de la mise en application. Ces caractéristiques de la directive sur l'égalité raciale peuvent être considérées comme faisant partie d'une tendance plus large de la législation internationale contre les discriminations qui préconise et renforce les obligations faites aux États de mettre en œuvre des recours efficaces [voir également: McCrudden, Ch., «International and European Norms regarding national legal remedies for racial inequality», in Fredman, S. (éd.), *Discrimination and human rights — The case of racism* (OUP, 2001, p. 289)], tandis que le présent rapport se concentre sur des aspects plus fondamentaux concernant l'interdiction de discrimination, dans ses multiples facettes.

⁽⁴⁵⁾ Voir notamment: De Schutter, O., *European Union Legislation and the Norms of the Framework Convention on the Protection of National Minorities*, rapport pour DH-MIN, septembre 2006, A.2.c; Ellis, E., *EU anti-discrimination law*, p. 220.

⁽⁴⁶⁾ COM(1999) 566 final.

de ces concepts dans la directive sur l'égalité raciale, notamment parce que cette omission pourrait faire le jeu des États membres qui rejettent l'existence de races (et du racisme) au niveau conceptuel ⁽⁴⁷⁾.

Les minorités étant souvent définies en termes de langue et/ou de religion, il importe de déterminer dans quelle mesure des différenciations motivées par la langue ou la religion peuvent être qualifiées de discrimination raciale indirecte par la CJCE. Le fait que la religion figure parmi les motifs de discrimination interdits par la directive 2000/78/CE, alors que la directive sur l'égalité raciale n'en fait pas elle-même mention, rend plus ardu l'argument selon lequel la discrimination essentiellement basée sur la religion peut être formulée comme une discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique ⁽⁴⁸⁾. Le considérant 10 de la directive reconnaît néanmoins que la religion peut jouer un rôle dans la définition de l'ethnicité.

Pour ce qui est de la portée *ratione personae*, il convient de souligner le fait que le considérant 13 du préambule énonce expressément que l'interdiction de discrimination s'applique aux ressortissants de pays tiers. Toutefois, le paragraphe 2 de l'article 3 montre que, face à des questions sensibles telles que l'immigration, certains pays prennent peur, d'où la formulation d'exclusions potentiellement problématiques.

Ce paragraphe 2 de l'article 3 stipule: «La présente directive ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice des dispositions et conditions relatives à l'admission et au séjour des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides sur le territoire des États membres et de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés.» En ce qui concerne l'exclusion des différenciations fondées sur la nationalité, l'existence d'un réel chevauchement dans la plupart des pays entre l'origine ethnique (et la race) et la nationalité étrangère est généralement connue. Des restrictions ciblées sur la base de la nationalité pourraient dès lors s'apparenter à une discrimination indirecte fondée sur la race et l'origine ethnique. De fait, dans la mesure où des différences de traitement fondées sur la nationalité ne sont pas objectivement et raisonnablement fondées, ces différenciations se verraient sans doute qualifiées de discrimination raciale indirecte ⁽⁴⁹⁾.

D'une manière générale, il est à espérer que le paragraphe 2 de l'article 3 de la directive sur l'égalité raciale fasse l'objet d'une interprétation stricte de la part de la CJCE, ce qui serait conforme à la règle générale s'appliquant aux exceptions faites aux droits fondamentaux ⁽⁵⁰⁾. Cette interprétation stricte pourrait également impliquer que des entités et des actes privés au sein d'un État membre ne puissent être invoqués pour bénéficier d'une exception de la discrimination fondée sur la nationalité au sens de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 3 ⁽⁵¹⁾. Étant donné que la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive sur l'égalité raciale ne porterait pas préjudice à tout traitement découlant du statut légal des ressortissants de pays tiers et des personnes apatrides, il est essentiel que la discrimination raciale indirecte ne soit pas tolérée ici ⁽⁵²⁾.

De prime abord, il semble plus aisé de déterminer dans quelle mesure l'interdiction de discrimination s'étend aussi à la sphère privée. Le premier paragraphe de l'article 3 stipule expressément que la directive sur l'égalité raciale «s'applique à toutes les personnes, tant dans le domaine du secteur public que dans celui du secteur privé [...]».

⁽⁴⁷⁾ Brennan, F., «The Racial Equality Directive: Recycling Racial Inequality», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004, p. 321.

⁽⁴⁸⁾ Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations», *Industrial Law Journal* 2000, p. 418.

⁽⁴⁹⁾ Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination», p. 210.

⁽⁵⁰⁾ Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination», p. 210.

⁽⁵¹⁾ Von Toggenburg, G., «The Racial Equality Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe», *European Yearbook of Minority Issues*, 2001/2, p. 238.

⁽⁵²⁾ Voir notamment: Brennan, F., «The Racial Equality Directive: Recycling Racial Inequality», p. 325; Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination», p. 211.

Toutefois, cette disposition doit être examinée et interprétée à la lumière de la mention qui précède, à savoir «dans les limites des compétences conférées à la Communauté» et de l'énumération exhaustive — qui suit — du champ d'application matériel de la directive sur l'égalité raciale ⁽⁵³⁾. La discrimination ne semble pas être couverte dans la sphère purement privée, comme tend à le démontrer la mention «à la disposition du public» que l'on retrouve au premier paragraphe de l'article 3, paragraphe 1, point h), concernant «l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services [...], y compris en matière de logement». La jurisprudence de la CJCE devra donc clarifier le champ d'application exact de la directive sur l'égalité raciale à cet égard.

2.1.2. Portée *ratione materiae*

Il est notoirement connu que la directive sur l'égalité raciale possède un vaste champ d'application matérielle, qui dépasse largement la sphère de l'emploi et semble couvrir une grande partie de l'action gouvernementale dans le domaine social ⁽⁵⁴⁾. Il semble toutefois exister un certain conflit entre la base de compétences limitée de la Communauté, à laquelle fait référence la première phrase du paragraphe 1 de l'article 3, qui précise «dans les limites des compétences conférées à la Communauté», et certains domaines énumérés ensuite, tels que l'éducation, les soins de santé et le logement ⁽⁵⁵⁾. En outre, le champ d'application exact d'autres domaines, tels que «les avantages sociaux» et «l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement» manque singulièrement de clarté.

Les «avantages sociaux» ont une portée potentiellement très vaste. La note explicative sur la directive sur l'égalité raciale fait ainsi explicitement référence à l'article 7 du règlement (CEE) n° 1612/68 et à la jurisprudence connexe de la CJCE relative à la libre circulation des travailleurs. À première vue, ce concept semble s'appliquer aux contributions financières, octroyées par des institutions publiques et privées en vue de promouvoir l'intégration économique. Toutefois, la jurisprudence de la CJCE a révélé que l'objectif de facto des «avantages sociaux» est bien la promotion de l'intégration, non seulement de l'intégration économique mais aussi de l'intégration sociale et même culturelle. Il est évident que les mesures financières permettant l'accès réel à l'éducation et aux activités culturelles et, d'une manière plus générale, l'objectif suprême de promotion de l'intégration dans le pays de résidence s'adressent également aux minorités, même si ces subventions ne sont pas forcément en rapport avec le droit des minorités à l'identité ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵³⁾ Également à l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur l'égalité raciale. Voir la discussion plus approfondie qui suit.

⁽⁵⁴⁾ Voir Brown, Ch., «The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe», *Yearbook of European Law* 2002, p. 213, qui fait valoir que divers domaines de la vie quotidienne importants pour l'intégration des minorités ethniques sont couverts.

⁽⁵⁵⁾ Étant donné qu'en matière de soins de santé, d'éducation, de logement et de protection sociale, les pouvoirs législatifs octroyés à la Communauté sont limités, il n'est pas certain que celle-ci soit en mesure d'imposer aux États membres des obligations de lutte contre la discrimination (voir notamment Bell, M., «Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive», p. 386-390; Brown, Ch., «The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe», p. 214). Notons cependant qu'il est précisé que l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne, base conventionnelle de la directive sur l'égalité raciale, servirait de base pour des compétences fonctionnelles, ce qui permettrait d'imposer des restrictions dans des domaines politiques qui, en réalité, sont du ressort des États membres. Ainsi, l'interdiction de la discrimination raciale devrait être respectée lors de l'exercice du pouvoir par les États membres (dans quelque domaine que ce soit): Mei, A. P. van der, «Het verbod van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming en sociale voordelen», in Burri, S. (éd.), *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaar 2005*, Wolf Legal Publishers, 2006, p. 188.

⁽⁵⁶⁾ Brown, Ch., «The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe», p. 213 et 214; Mei, A. P. van der, «Het verbod van onderscheid op grond van ras bij sociale bescherming en sociale voordelen», p. 186-189. Voir CJCE, *Cristini*, affaire 32/75, et CJCE, *Even*, affaire 207/78.

L'interprétation, par la CJCE, du concept d'«avantages sociaux» dans le contexte de l'interdiction de la discrimination raciale est attendue avec impatience. En effet, beaucoup se demandent notamment si — et dans quelle mesure — la Cour est prête à qualifier également l'emploi de la langue minoritaire (et non pas uniquement les subventions financières) dans les rapports avec les autorités publiques et dans le domaine des médias (etc.) comme des avantages sociaux, au vu de leur importance pour la réalisation de l'objectif fondamental de l'intégration. La langue est en effet souvent utilisée comme un critère clé permettant de déterminer si l'accès à un bien ou à un service est réellement assuré dans les faits ⁽⁵⁷⁾.

Reste à savoir enfin quelle sera la portée des «services à la disposition du public». Et les spéculations vont ici bon train. À ce propos, une série de questions particulièrement pertinentes ont été identifiées: la couverture (éventuelle) de la dimension de contrôle ⁽⁵⁸⁾, dans quelle mesure la participation politique à des (d'autres) institutions publiques serait incluse et si cet aspect peut influencer les «obligations d'intégration» imposées par certains États membres, etc.

2.2. Ouverture vers l'égalité substantielle?

Avant de passer en revue les dispositions de la directive sur l'égalité raciale, il semble opportun d'insister sur l'existence d'un vaste consensus concernant le fait que l'interdiction de discrimination ne nécessite pas un traitement identique, ce qui signifie, en d'autres termes, que tout traitement différencié ne constitue pas une discrimination interdite ⁽⁵⁹⁾. Il est donc important de connaître les critères qui sont utilisés pour déterminer si un traitement différencié équivaut à une discrimination — interdite — ou, plus simplement, la façon dont une différence de traitement peut se justifier de manière acceptable. En guise de point de départ ⁽⁶⁰⁾, il est permis d'alléguer qu'une différenciation de traitement équivaudrait à une discrimination interdite lorsque celle-ci ne pourrait être raisonnablement et objectivement justifiée ⁽⁶¹⁾. Une telle justification comprend souvent l'exigence d'un objectif légitime, d'une part, et la «réussite du test de proportionnalité», d'autre part. Au sens général du terme, le test de proportionnalité comprend deux composantes au moins ⁽⁶²⁾. Premièrement, la proportionnalité exige un lien raisonnable entre l'objectif légitime, d'une part, et le traitement différencié (et les intérêts sous-jacents en jeu), d'autre part. En d'autres termes, le traitement différencié ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif ⁽⁶³⁾. Cette première composante est également appelée «test de proportionnalité» au sens strict. Le test de subsidiarité constitue un aspect plus spécifique du test de proportionnalité. L'objectif consiste, en l'occurrence, à examiner s'il n'existe pas d'autres alternatives susceptibles de réaliser l'objectif légitime désiré, avec une moindre ingérence concernant le droit à l'égalité de traitement.

Ces premiers éléments de réflexion clarifient d'ores et déjà le fait que toutes les différences de traitement et, partant, toutes les dispositions spéciales en faveur des minorités ne sont pas forcément incompatibles avec

⁽⁵⁷⁾ Voir également plus haut concernant les devoirs qui découlent de l'interdiction de discrimination indirecte fondée sur la race. Il y a des répercussions semblables sur l'«accès aux biens et services ouverts au public».

⁽⁵⁸⁾ Voir également: Brown, Ch., «The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe», p. 215. Pour une vue d'ensemble complète des éléments pertinents du maintien de l'ordre relativement aux minorités, voir *Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies* (HCNM, Den Haag, 2006).

⁽⁵⁹⁾ Pour une analyse plus détaillée des multiples dispositions universelles et régionales concernant la non-discrimination et de la jurisprudence, ou quasi-jurisprudence, concomitante des organes de surveillance, voir Henrard, K., «Non-Discrimination and the Equality Principle», p. 14-18. Voir notamment Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18, paragraphes 8 et 13.

⁽⁶⁰⁾ Voir infra la prise de position particulière du droit communautaire à ce propos, ainsi que les divers perfectionnements apportés à cette compréhension de l'interdiction de discrimination.

⁽⁶¹⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18, paragraphe 13.

⁽⁶²⁾ Gerards, J. H., *Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel* (Den Haag, 2002), p. 102.

⁽⁶³⁾ CEDH, *Karner contre Autriche* (24 juillet 2003), paragraphe 41.

l'interdiction de discrimination. Cette vision de l'interdiction de discrimination implique donc déjà, en soi, une ouverture vers l'égalité substantielle. Il va sans dire, cependant, que beaucoup dépendra du caractère plus ou moins strict de la proportionnalité, lequel est fonction, notamment, du degré de contrôle adopté ⁽⁶⁴⁾.

Il convient de souligner le fait qu'aux termes du droit communautaire, la possibilité de justification générale qui vient d'être décrite n'est autorisée que pour ce qui concerne la discrimination indirecte. Les différenciations directes ne sont considérées comme légitimes (en ce sens qu'elles ne correspondent pas à une discrimination interdite par la directive) que lorsque les traités ou le droit dérivé prévoient un motif explicite et que, en outre, les exigences du principe de proportionnalité sont satisfaites ⁽⁶⁵⁾. Étant donné que la directive sur l'égalité raciale n'autorise que deux exceptions à l'interdiction de la discrimination directe ⁽⁶⁶⁾, elle assure donc une protection considérable contre les différenciations explicites fondées sur l'origine raciale ou ethnique ⁽⁶⁷⁾.

2.2.1. Discrimination indirecte

Malgré l'absence d'une définition universellement acceptée de la discrimination indirecte dans le droit international, les aspects essentiels, au cœur de ce concept, bénéficient d'une interprétation au sens large. Ce concept intègre des mesures qui, sans prévoir de différenciations explicites pour un motif particulier, ont ou sont susceptibles d'avoir un impact disproportionné sur un groupe défini sur la base dudit motif, et ce sans justification objective ⁽⁶⁸⁾.

Deux raisons connexes expliquent probablement la raison pour laquelle la discrimination indirecte concerne les minorités et une protection appropriée de celles-ci. En premier lieu, et cet aspect est inhérent à la description même du phénomène, l'interdiction de la discrimination indirecte traduit une préoccupation à l'égard de la réalité sous-jacente ou, mieux, quant à l'impact effectif de certaines règles et politiques. Lorsqu'une règle, neutre de prime abord, produit un impact disproportionné, en ce sens qu'elle a un impact différent et négatif sur un groupe particulier, alors qu'aucune justification raisonnable et objective ne peut être mise en évidence, ladite règle est illégitime. En d'autres termes, l'interdiction d'une telle discrimination indirecte contribue généralement à réaliser l'égalité réelle ou la pleine égalité, ce qui revêt une importance cruciale pour les minorités. L'interdiction de la discrimination indirecte tend en outre à promouvoir la prise en compte de la diversité, en mettant au jour qu'un critère d'apparence neutre tend — de facto — à favoriser la culture dominante ⁽⁶⁹⁾. Une seconde raison explique

⁽⁶⁴⁾ Gerards, J. H., *Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel*, p. 79-84.

⁽⁶⁵⁾ Il convient de noter toutefois qu'à l'occasion, cette possibilité étroite de différenciations directes a été ressentie comme abusive, entraînant un débat sur la possibilité (limitée) de justifier la discrimination directe (voir notamment Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law*, p. 111-113).

⁽⁶⁶⁾ Voir l'article 4 de la directive sur l'égalité raciale concernant les exigences professionnelles essentielles et déterminantes et l'article 5 sur l'action positive. Tandis qu'en effet la formulation de l'article 5 semble encore qualifier l'action positive d'exception au principe de l'égalité de traitement, les directives ultérieures concernant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes semblent refléter une prise de distance par rapport à cette position (voir infra).

⁽⁶⁷⁾ Mais on peut aussi considérer que cela démontre une grande attention dans l'examen portant sur les distinctions fondées sur le motif en question. Henrard, K., «Equality and non-discrimination», p. 26. Ce haut niveau de surveillance semble avantageux pour les minorités, mais il peut en être autrement s'il est adopté dans le cas de mesures d'action positive en faveur des minorités.

⁽⁶⁸⁾ Comparer Joseph, S., Schultz, J., et Castan, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary* (Oxford, 2004), p. 694, et Tobler, Ch., *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC law* (Antwerpen, 2005), p. 57. Sur le plan conceptuel, il ne paraît pas utile de faire une distinction stricte entre différentes formes de discrimination indirecte, comme O. De Schutter suggère de le faire [*L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme: sa pertinence pour les directives communautaires relatives à l'égalité de traitement sur la base de la race et dans l'emploi* (Commission européenne, 2005), p. 16] entre les mesures qui ont un impact disproportionné et celles qui, en elles-mêmes, s'avèrent être désavantageuses pour les membres d'une certaine catégorie [mais qui n'ont pas encore (?) produit d'effet disproportionné].

⁽⁶⁹⁾ Fredman, S., introduction, p. 24.

aussi l'importance de l'interdiction de la discrimination indirecte: l'accent inhérent mis sur la dimension collective, qui apparaît aussi clairement dans la description proposée.

Le niveau de protection assuré par un système légal contre la discrimination indirecte dépend sans doute de plusieurs aspects, notamment si ladite législation reconnaît la discrimination indirecte et les conditions nécessaires pour établir un cas *prima facie* de discrimination indirecte ⁽⁷⁰⁾. Dans le cadre du droit communautaire sur l'égalité, le concept de la discrimination indirecte a été accepté de bonne heure, et la jurisprudence de la CJCE a d'ailleurs reconnu à plusieurs reprises le caractère essentiel de ce concept pour une protection efficace contre la discrimination. Cependant, beaucoup d'incertitudes et de confusion entourent encore cette question ⁽⁷¹⁾.

La jurisprudence de la CJCE dans le domaine de la discrimination fondée sur le genre a été essentiellement codifiée au paragraphe 2 de l'article 2 de la directive sur la charge de la preuve (directive 97/80/CE du Conseil sur la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe). Elle exigeait l'apport de la preuve d'une disparité réelle, ladite disparité devant concerner un préjudice d'un degré substantiellement plus élevé ⁽⁷²⁾. À maints égards, la définition de la discrimination indirecte proposée dans la directive sur l'égalité raciale [article 2, paragraphe 2, point b)] constitue une amélioration en ce sens qu'elle facilite la charge (de la preuve) pour la victime (le demandeur) ⁽⁷³⁾. En premier lieu, le degré d'impact différent requis a été revu à la baisse, en ce sens qu'il n'est plus fait référence à des proportions spécifiques. La seule condition est l'existence d'un «désavantage particulier». En outre, et il s'agit là d'un progrès véritablement remarquable, il n'est plus nécessaire de prouver que ce désavantage a bien eu lieu ⁽⁷⁴⁾. Il suffit que la mesure soit susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour un certain groupe. Cette disposition semble nier la nécessité de preuves statistiques aux termes du droit communautaire, ce qui revêt une importance particulière en ce qui concerne l'origine raciale ou ethnique étant donné que les statistiques risquent difficilement d'être accessibles ⁽⁷⁵⁾.

Malheureusement, le considérant 15 de la directive indique que le droit national ou les pratiques nationales en matière d'établissement de la charge de la preuve peuvent prévoir «en particulier, que la discrimination indirecte

⁽⁷⁰⁾ Un troisième facteur concerne la manière dont les justifications sont évaluées par les autorités (niveau de surveillance adopté).

⁽⁷¹⁾ Ellis, E., *EU Anti Discrimination Law*, 91; Tobler, *Indirect Discrimination*, p. 239.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, p. 283 et 284.

⁽⁷³⁾ Dans la directive sur l'égalité raciale, le test de la justification présente également des parallèles plus marqués avec le test général de la justification exposé précédemment. Dans la directive relative à la charge de la preuve, le test de la justification s'énonçait comme suit: «à moins que la disposition, le critère ou la pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés», tandis que, dans la directive sur l'égalité raciale, il est formulé de la manière suivante: «à moins que cette disposition [...] ne soit objectivement justifié[e] par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires».

⁽⁷⁴⁾ À l'encontre d'O. De Schutter (*L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme*, p. 7, et son rapport DH-MIN 2006, p. 6), qui souligne, en parlant de la directive sur l'égalité raciale, que la discrimination résultant d'un impact disproportionné n'est plus explicitement incluse dans la définition de la discrimination indirecte tandis que la nouvelle formulation doit être comprise (uniquement) comme une tentative d'aménager la charge de la preuve au profit des victimes. Voir aussi: Ellis, E., *Anti Discrimination Law*, p. 94; Waddington, L., et Bell, M., «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», (2001) 38 (3), *Common Market Law Review*, p. 593 et 594.

⁽⁷⁵⁾ Ellis, E., *EU Anti Discrimination Law*, 94; Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations», *Industrial Law Journal* 2000, 29; Tobler, Ch., *Indirect Discrimination*, p. 287. Voir également: Houtzager, D., *Perspectives en mutation: le renversement de la charge de la preuve dans les procès pour discrimination raciale* (ENAR, Bruxelles, 2006), p. 11.

peut être établie par tous les moyens, y compris sur la base de données statistiques»⁽⁷⁶⁾; ce qui semble vouloir dire aussi que la directive permet à la législation des États membres d'exiger des preuves statistiques.

La future jurisprudence de la CJCE⁽⁷⁷⁾ révélera dans quelle mesure cette nouvelle approche en matière de discrimination indirecte facilite en fait l'action en justice des victimes et aboutit à des niveaux plus élevés de protection contre la discrimination indirecte.

2.2.2. Obligation de traitement différencié?

L'obligation de prévoir un traitement différencié en vue d'assurer l'égalité remonte à Aristote, qui avait déjà affirmé que, «entre deux personnes égales, les objets devront être égaux, entre deux personnes inégales, ils devront être inégaux». La vision sous-tendant ici l'égalité est clairement celle de l'égalité substantielle. Dans la mesure où cette obligation de différenciation a été identifiée, plus récemment, en termes de non-discrimination⁽⁷⁸⁾, une telle évolution impliquerait également une ouverture vers l'égalité substantielle ou l'égalité réelle et la pleine égalité.

La CJCE respecte une ligne jurisprudentielle déterminée, tant en ce qui concerne le principe général de l'égalité de traitement qui s'est développé dans sa jurisprudence et qui, selon elle, est inscrit dans la directive sur l'égalité raciale⁽⁷⁹⁾ qu'en ce qui concerne l'interdiction de discrimination. Ainsi, selon la Cour de justice, des personnes se trouvant dans des circonstances particulièrement différentes devraient pouvoir bénéficier d'un traitement différent, à moins que ce «même» traitement ne soit objectivement justifié par la poursuite d'un objectif spécifique et que ledit traitement ne soit approprié et nécessaire à la réalisation de cet objectif⁽⁸⁰⁾.

Il convient de souligner qu'il semble exister un lien très étroit, voire intrinsèque, entre le concept de discrimination indirecte et l'obligation de différenciation découlant de l'interdiction de discrimination⁽⁸¹⁾. En effet, dans la mesure où des personnes se trouvant dans des situations substantiellement différentes ne pourraient pas

⁽⁷⁶⁾ Tobler, Ch., *Indirect Discrimination*, p. 287 et 288. Il convient de noter toutefois que cette phrase s'interprète aussi d'une autre manière, à savoir en mettant l'accent sur le fait qu'elle autorise, et non oblige, les États à accepter les données statistiques comme preuve admissible [Makkonen, T., *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* (Communautés européennes, Luxembourg, 2007), p. 29].

⁽⁷⁷⁾ Il convient de noter que cette nouvelle approche de la discrimination indirecte est également adoptée dans la révision 2002 de la directive relative à l'égalité de traitement (article 2, paragraphe 2, de la directive 76/207/CEE modifiée par la directive 2002/73/CE). Par conséquent, les interprétations faites par la CJCE en parlant de cette disposition éclairent également la signification du concept similaire présent dans la directive sur l'égalité raciale. Pour un avis sur la définition donnée dans la directive relative à l'égalité de traitement selon lequel elle facilite la charge de la preuve incombant à la victime tout en révélant l'importance de la place accordée aux groupes, voir Finlay, M., «Indirect Discrimination and the Article 13 Directives», in Costelloy, C., et Barry, E. (éd.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), p. 150.

⁽⁷⁸⁾ Voir aussi infra, concernant la Cour européenne des droits de l'homme et ses jugements dans l'affaire *Thlimmenos contre Grèce*.

⁽⁷⁹⁾ Voir également, mais à propos de la directive relative à l'égalité en matière d'emploi (directive 2000/78/CE): CEDH, affaire C-144/04, *Mangold contre Helm*, points 74 et 75.

⁽⁸⁰⁾ Arrêt du 29 juin 1995, SCAC, C-56/94, Rec. p. I-1769, point 27; arrêt du 17 avril 1997, *EARL de Kerlast*, C-15/95, Rec. p. I-1961, point 35; arrêt du 17 juillet 1997, *National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, Rec. p. I-4559, point 61; arrêt du 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, C-292/97, Rec. p. I 2737, point 39. Voir également Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations», *Industrial Law Journal* 2000, p. 419. Voir toutefois Gerards, J. H., *Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel* (Sdu, Den Haag, 2002), p. 229.

⁽⁸¹⁾ Voir Fredman, S., introduction, p. 32-36, qui discute la question «lorsqu'il est exigé d'un État d'établir une distinction entre des groupes» entièrement au travers du prisme de la discrimination indirecte ou de l'impact disproportionné. Voir également Tobler, Ch., *Indirect Discrimination*, p. 218.

bénéficiaire de règles différenciées, l'application de règles neutres pourrait (probablement) avoir un impact négatif disproportionné sur le groupe en question, ce qui constituerait un cas de discrimination indirecte.

La fameuse affaire *Groener* avait déjà montré qu'une application générale des exigences linguistiques (affectant la libre circulation des travailleurs) peut être dénoncée comme relevant d'une discrimination indirecte fondée sur la nationalité lorsque lesdites exigences ne poursuivent pas un objectif légitime et/ou ne sont pas proportionnées par rapport à l'objectif visé ⁽⁸²⁾. Selon Schutter, une obligation similaire de traiter de manière différente des situations qui sont substantiellement différentes peut être dérivée de la définition de la discrimination indirecte figurant à l'article 12, paragraphe 2, point b), de la directive sur l'égalité raciale ⁽⁸³⁾.

À ce propos, il convient de souligner le fait qu'aux termes de l'article 5 de la directive sur l'égalité en matière d'emploi et de travail, les employeurs sont tenus de prévoir des aménagements raisonnables pour leurs travailleurs handicapés ou pour permettre aux personnes handicapées d'accéder à un emploi.

Dans la mesure où cette directive ne contient pas de disposition similaire en faveur des personnes appartenant à une religion minoritaire ⁽⁸⁴⁾ et étant donné que la directive sur l'égalité raciale n'a prévu aucune disposition sur les aménagements raisonnables visant à répondre aux besoins spécifiques des membres de certains groupes ethniques minoritaires, l'obligation de traitement différencié, que nous pouvons inférer de l'interdiction de la discrimination (indirecte), pourrait contribuer à remédier à cette lacune ⁽⁸⁵⁾. À cet égard, il est à noter que la CJCE avait déjà reconnu en 1976 une obligation d'aménagements raisonnables en faveur de religions minoritaires, dans l'adoption de mesures généralement applicables — telles qu'elles découlent du principe général d'égalité ⁽⁸⁶⁾.

Il convient de prendre conscience du fait que les mesures différenciées de ce type ne sont pas nécessairement temporaires [contrairement aux mesures d'action positive ⁽⁸⁷⁾] ⁽⁸⁸⁾. Comme il est nécessaire d'assurer durablement un traitement différencié pour protéger et promouvoir l'identité propre des minorités, cette approche jurisprudentielle est particulièrement pertinente en ce qui concerne les minorités, par exemple pour ce qui est de leur droit d'utiliser leur propre langue dans leurs relations avec les autorités publiques.

2.2.3. Action positive

Le point de départ est ici l'absence d'une seule définition bien établie des concepts d'«action positive» et d'«action affirmative» ⁽⁸⁹⁾, sans parler du lien entre les deux concepts. L'action positive est parfois considérée comme la plus

⁽⁸²⁾ Arrêt du 28 novembre 1989, *Groener*, C-379/87, Rec. p. 3967, points 19 et 23.

⁽⁸³⁾ De Schutter, O., *Report for DH-MIN 2006*, p. 7.

⁽⁸⁴⁾ Concernant la relation entre les concepts de «religion» et de «race», voir infra.

⁽⁸⁵⁾ Voir notamment De Schutter, O., *L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme*, p. 39, 45 et 46.

⁽⁸⁶⁾ CJCE, arrêt du 27 octobre 1976, *Vivien Prais contre Conseil*, affaire 130/75, Rec. p. 1589, point 19, dans lequel la Cour identifie une obligation de prendre toutes mesures raisonnables en vue d'éviter d'organiser des épreuves à une date à laquelle les convictions religieuses d'un candidat empêcheraient celui-ci de se présenter dès lors qu'elle a été informée à temps de cet obstacle.

⁽⁸⁷⁾ Au vu de sa réticence à l'égard des mesures d'action positive (voir cependant l'analyse qui suit), il est peu probable que la CJCE soit disposée à étendre à une obligation d'adopter des mesures d'action positive «l'obligation d'établir une distinction» pour des personnes se trouvant dans des situations fondamentalement différentes.

⁽⁸⁸⁾ Freeman, M., «Temporary Special Measures: How Long is Temporary and What is Special?», in Boerefijn, I., e.a. (éd.), *Temporary Special Measures* (Antwerpen, 2003), p. 100.

⁽⁸⁹⁾ Divers autres termes sont utilisés dans le même sens, par exemple «mesures temporaires spéciales», «discrimination positive», etc. Voir aussi McCrudden, Ch., «International and Legal Norms Regarding National Legal Remedies for Racial Equality», in Fredman, S. (éd.), *Discrimination and Human Rights: the Case of Racism* (Oxford, 2001), p. 277.

générale, incluant la sous-catégorie de l'action affirmative, alors que, pour certains, c'est exactement l'inverse ⁽⁹⁰⁾. Alors que ces deux concepts concernent des mesures «spéciales» visant à remédier à des désavantages historiques et/ou structurels et à réaliser un degré plus élevé d'égalité substantielle ou réelle, la question de base semble être la suivante: jusqu'à quel point ces mesures restent-elles cantonnées au domaine de l'«égalité des chances» ou vont-elles, au contraire, au-delà pour viser l'«égalité de résultat»? — ce qui est généralement controversé ⁽⁹¹⁾. Dans le présent rapport, le concept d'«action positive» sera utilisé comme un terme générique. Il convient de souligner le fait que l'«action positive» ne vise pas nécessairement uniquement à remédier à des désavantages historiques, mais qu'elle peut également concerner des mesures de nature plus préventive, ciblant une catégorie de main-d'œuvre, une association d'étudiants, etc., représentative de la diversité de la population à l'échelon national. Quoiqu'il en soit, l'objectif visant à remédier à des désavantages historiques et/ou structurels implique une attention particulière pour les groupes et l'intégration du modèle de justice du groupe ⁽⁹²⁾.

Il est généralement admis que l'interdiction de discrimination fixe les limites des mesures légitimes d'action positive ⁽⁹³⁾. En ce qui concerne le modèle de justification générale, un objectif légitime et des mesures proportionnées audit objectif seraient nécessaires. Alors que l'objectif légitime des mesures d'action positive semble être un fait établi, visant notamment à contribuer à la réalisation de l'égalité substantielle, il convient de ne pas perdre de vue que ces mesures doivent également être proportionnées. Ce dernier aspect semble être le plus controversé, et la situation, du point de vue du droit communautaire, est encore compliquée par le fait que les différenciations directes exigent une base législative explicite.

L'approche relativement restrictive adoptée par la CJCE en ce qui concerne les mesures d'action positive dans le domaine du droit communautaire en rapport avec l'égalité entre les femmes et les hommes a déjà été amplement évaluée ⁽⁹⁴⁾. À ce jour, il n'existe pas de jurisprudence dans le domaine de l'action positive pour ce qui est de la directive sur l'égalité raciale ou toute autre disposition juridique postérieure à 1999 ⁽⁹⁵⁾. La jurisprudence existante concerne presque exclusivement ⁽⁹⁶⁾ le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ⁽⁹⁷⁾, préalablement à son amendement adopté en 2002. Dans le cadre de cette jurisprudence, les mesures d'action positive sont considérées comme des exceptions au principe de l'égalité

⁽⁹⁰⁾ Comparer, à ce propos, Caruso, D., «Limits of the Classic Method», p. 332, et McCrudden, Ch., «Rethinking Positive Action», 1986 *ILL*, p. 219.

⁽⁹¹⁾ Pour une vision plus fine de l'égalité des chances, voir Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting on Inequalities in European Equality Law», p. 353. Voir également l'observation thématique n° 3 du réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, avril 2005, p. 25, qui affirme que les mesures spéciales visant à l'égalité des chances représenteraient une «action positive», stricto sensu, mais constitueraient le revers de l'interdiction de la discrimination indirecte.

⁽⁹²⁾ Caruso, D., «Limits of the Classic Method», p. 357; Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting on inequalities in European Equality Law», p. 354 et 355.

⁽⁹³⁾ Pour la discussion, se reporter au chapitre 3, infra.

⁽⁹⁴⁾ Voir notamment Caruso, D., «Limits of the Classic Method»; Pager, S., «Strictness and Subsidiarity: An Institutional perspective on affirmative action at the European Court of Justice», *Boston College International and Comparative Law Review* 2003; Costello, C., «Positive Action», in Costello, C., et Barry, E. (éd.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* (Irish Centre for European Law, 2003), p. 177-212. Cette approche restrictive peut également être mise en relation avec une approche symétrique de la non-discrimination.

⁽⁹⁵⁾ Voir infra.

⁽⁹⁶⁾ Il existe un arrêt dans lequel la CJCE analyse aussi la question à partir de l'article 141, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne (voir infra l'affaire C-407/98).

⁽⁹⁷⁾ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39 du 14.2.1976, p. 40). Cette clause stipule: «La présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1, paragraphe 1.»

de traitement formelle, d'où des interprétations restrictives, malgré la clause d'ouverture du paragraphe 4 de l'article 2. Les affaires *Kalanke* et *Marschall* constituent la jurisprudence la plus intéressante à cet égard. Dans son arrêt, la Cour a estimé que la mesure d'action positive dans l'affaire *Kalanke contre Hansestadt Bremen* était illégitime, car elle donnait automatiquement la priorité aux femmes lorsque celles-ci étaient aussi qualifiées que leurs concurrents masculins ⁽⁹⁸⁾. Dans l'affaire *Marschall contre Land Nordrhein-Westfalen*, la Cour a ajouté une précision importante en indiquant qu'une loi nationale obligeant à promouvoir un candidat féminin dans une situation où des candidats des deux sexes doivent être départagés, est acceptable, pour autant qu'un homme apparemment aussi qualifié fasse l'objet d'une appréciation fondée sur ses mérites personnels ⁽⁹⁹⁾. En d'autres termes, les quotas (en matière d'accès à l'emploi) ne sont acceptables que dans la mesure où une clause de sauvegarde est prévue, garantissant que les candidatures font bien l'objet d'une évaluation objective tenant compte de la situation personnelle spécifique de chaque candidat.

Alors que cette formule a été confirmée dans la jurisprudence ultérieure, d'importants glissements sont apparus, et des précisions ont été ajoutées en matière de traitement de l'action positive ⁽¹⁰⁰⁾. L'arrêt *Badeck* a mis en évidence que lorsque la priorité n'est pas l'octroi d'un poste d'emploi (mais uniquement des mesures allant de la formation professionnelle à la sélection de candidats pour des entretiens d'embauche), certaines préférences assez sensibles pourront être envisagées ⁽¹⁰¹⁾.

L'affaire *Abrahamsson* concernait, quant à elle, l'application d'une règle nationale donnant automatiquement la priorité à une personne du sexe sous-représenté, possédant des qualifications appropriées, mais légèrement moindres par rapport à la personne qui aurait obtenu le poste dans le cas contraire. Dans cet arrêt, la mesure a été évaluée tant par rapport aux termes du paragraphe 4 de l'article 2 de la directive sur l'égalité entre les hommes et les femmes que sur la base du paragraphe 4 de l'article 141 du traité CE. S'agissant de la directive sur l'égalité entre les hommes et les femmes, la formule évoquée ci-dessus a été utilisée, et la Cour a donc pu aisément conclure que les conditions du paragraphe 4 de l'article 2 de la directive n'étaient pas remplies ⁽¹⁰²⁾. Dans le second cas, toutefois, il a été résolument avancé que la CJCE avait fait du test de proportionnalité le test central, d'où un éloignement par rapport au test de contrôle strict utilisé jusqu'ici ⁽¹⁰³⁾. Étant donné que *Lommers* concerne une «mesure souple» privilégiant l'accès des femmes aux services de garde d'enfants subventionnés, nul ne s'étonnera de l'approche de contrôle moins stricte dans *Badeck*. La Cour a en outre étendu l'importance du test de proportionnalité déjà annoncée dans *Abrahamsson* ⁽¹⁰⁴⁾.

L'arrêt *Schnorbus* est particulièrement intéressant en ce sens qu'il confirme le fait que l'interdiction de discrimination délimite les mesures d'action positive. La CJCE avait à statuer sur une règle qui avantageait les hommes, puisqu'il était tenu compte du service militaire obligatoire (qui n'existait que pour les hommes) dans les décisions portant sur l'admission à la formation juridique. Même si la Cour a cité le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, elle n'a cependant pas utilisé la formule développée pour ce paragraphe 4 de l'article 2, mais le test objectif de justification, moins strict (pour la discrimination indirecte). Cela tend à indiquer que des mesures d'action positive, formulées de manière stricte et visant à remédier à des désavantages spécifiques par des mesures indirectes plutôt que directes, ne sont pas soumises à la rigueur d'un examen à la lumière du paragraphe 4 de l'article 2 de la directive sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁸⁾ Affaire C-450/93, Recueil 1995, p. I-3051.

⁽⁹⁹⁾ Affaire C-409/95, Recueil 1997, p. I-6363, points 29 et 30.

⁽¹⁰⁰⁾ Voir notamment Costello, C., «Positive Action», p. 185 et 196.

⁽¹⁰¹⁾ Affaire C-158/97, Recueil 2000, p. I-1875, points 53 et 54.

⁽¹⁰²⁾ Affaire C-407/98, Recueil 2000, p. I-5539, points 45-53.

⁽¹⁰³⁾ Caruso, D., «Limits of the Classic Method», p. 344.

⁽¹⁰⁴⁾ Affaire C-476/99, Recueil 2002, p. I-2891, points 38-47.

⁽¹⁰⁵⁾ Costello, «Positive Action», p. 195.

Depuis le traité d'Amsterdam, le traité CE contient une disposition qui reconnaît que les mesures d'action positive visent à assurer concrètement une pleine égalité ⁽¹⁰⁶⁾ (article 141, paragraphe 4, du traité CE) ⁽¹⁰⁷⁾. Ces nouvelles formulations indiquent aussi clairement que ces mesures d'action positive comprennent non seulement les mesures visant à remédier aux désavantages, mais aussi les mesures de prévention. C'est ce type de formulation que l'on retrouve dans les deux directives de 2000. L'article 5 de la directive sur l'égalité raciale stipule: «Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique.» ⁽¹⁰⁸⁾

Les différents développements décrits ci-dessus, y compris la reconnaissance de l'objectif de l'égalité substantielle, les nouvelles ouvertures vers des stratégies visant l'égalité de résultat par rapport aux mesures «moins strictes» d'action positive et la place centrale du test de proportionnalité, devraient, selon toute attente, être confirmés dans la jurisprudence relative à la directive sur l'égalité raciale. D'aucuns ont d'ailleurs avancé que la Cour pourrait même adopter une approche plus clémente lorsqu'elle aura à se prononcer sur des mesures d'action positive dans le domaine de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique, au vu des différences de contexte social ⁽¹⁰⁹⁾.

2.2.4. Obligation de promouvoir l'égalité: obligations positives

Étant donné que les modèles proactifs d'égalité permettent clairement de combattre avec plus d'efficacité la discrimination systémique et structurelle, ceux-ci présentent aussi un lien avec l'égalité substantielle ⁽¹¹⁰⁾. Dans le domaine de l'égalité, si des obligations positives ont déjà été identifiées en rapport avec la discrimination indirecte ⁽¹¹¹⁾, la CJCE n'a pas encore, à ce jour, identifié une obligation d'adopter de telles mesures d'action positive ⁽¹¹²⁾. Même s'il existe d'ores et déjà quelques traces d'approches proactives en faveur de l'égalité au sein de l'UE ⁽¹¹³⁾, il semble possible et nécessaire de les renforcer ⁽¹¹⁴⁾. L'obligation d'intégrer la dimension de l'égalité dans toutes les politiques et pratiques générales jouerait ici un rôle important. Toutefois, à ce stade, ce *mainstreaming* s'est limité à la question du genre ⁽¹¹⁵⁾. Bell souligne à cet égard les possibilités offertes par la Constitution ⁽¹¹⁶⁾

⁽¹⁰⁶⁾ Voir également l'affaire *Briheche* (C-319/03), où il est pour la première fois reconnu que l'article 2, paragraphe 4, de la directive relative à l'égalité de traitement vise à déboucher sur une égalité fondamentale.

⁽¹⁰⁷⁾ Swibel, J., «What could the EU learn from the CEDAW convention?», in Boerefijn, I., e.a. (éd.), *Temporary Special Measures* (Antwerpen, 2003), p. 55.

⁽¹⁰⁸⁾ Voir également l'article 7, paragraphe 1, de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et la directive 2002/73/CE.

⁽¹⁰⁹⁾ Waddington, L., et Bell, M., «More Equal than Others», p. 603.

⁽¹¹⁰⁾ Holtmaat, R., et Tobler, Ch., «CEDAW and the EU's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination», 12 *MJ* 2005, p. 408.

⁽¹¹¹⁾ Voir ci-dessus. Voir également l'observation thématique n° 3 du réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, p. 22, dans laquelle l'obligation de promouvoir une égalité pleine et effective à partir de l'article 4 de la CCPMN est mise en relation avec l'obligation d'établir une distinction en termes d'interdiction de discrimination. L'absence de mesures spéciales visant à déboucher sur une égalité pleine et effective équivaldrait à un échec dans l'aménagement de moyens efficaces pour répondre aux besoins spécifiques de certaines catégories, ce qui, de manière indirecte, serait discriminatoire.

⁽¹¹²⁾ Holtmaat, R., et Tobler, Ch., «CEDAW and the EU's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination», p. 414.

⁽¹¹³⁾ Voir Fredman, S., «Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation», 12 *MJ* 2005, p. 391-398.

⁽¹¹⁴⁾ Holtmaat, R., et Tobler, Ch., «CEDAW and the EU's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination», p. 401.

⁽¹¹⁵⁾ Voir notamment Fredman, S., «Changing the Norm», p. 374. Voir l'article 3, paragraphe 2, du traité instituant la Communauté européenne.

⁽¹¹⁶⁾ Bell, M., «Equality and the EU Constitution», *Industrial Law Journal* 2004, p. 252. Il souligne également le potentiel des organes nationaux pour l'égalité qui doivent être créés à partir, notamment, de la directive sur l'égalité raciale (ibid.).

puisqu'elle introduit une obligation générale d'intégrer à tous les niveaux de pratiques et de politiques la dimension de l'égalité, y compris l'égalité raciale ou ethnique. Il convient ici de faire remarquer que cette disposition relative au *mainstreaming* va plus loin que la simple obligation de prendre en compte la dimension de l'égalité puisque la réalisation de l'égalité des chances est élevée au niveau d'un objectif pour toutes les politiques de l'Union européenne ⁽¹¹⁷⁾.

La directive sur l'égalité raciale n'impose explicitement aucune obligation d'action positive ou proactive. Il reste donc à voir si la CJCE jouera un rôle plus actif dans l'identification de l'obligation de promouvoir l'égalité, notamment en optant pour une interprétation progressiste de l'interdiction de la discrimination indirecte ⁽¹¹⁸⁾.

2.3. Pertinence du droit international (et nature autonome du droit communautaire)

Le corpus jurisprudentiel et doctrinal le plus développé en rapport avec l'autonomie du droit communautaire a été rédigé en tenant compte des systèmes juridiques des États membres ⁽¹¹⁹⁾.

Toutefois, l'autonomie du droit communautaire est également invoquée pour ce qui est du droit international et de l'interprétation d'autres organismes de surveillance. L'idée qui sous-tend l'autonomie du droit communautaire réside dans la nature indivisible de son système juridique. En d'autres termes, le contenu normatif du droit communautaire est indépendant de toute autre règle ou de tout système juridique. Ce constat implique à son tour que la nature, le champ d'application et l'impact légal du droit communautaire ne peuvent en aucune façon être modifiés par le droit national ou international, sauf stipulation contraire dans le droit communautaire, que ce soit dans ses instruments juridiques ou dans le cadre de la jurisprudence de la CJCE ⁽¹²⁰⁾.

La CJCE a toujours reconnu le caractère contraignant, pour la Communauté, du droit international général (droit coutumier international et principes généraux du droit). Les choses sont cependant moins claires quant à la «suite juridique» à donner à ces normes de droit international ⁽¹²¹⁾. Ce manque de clarté est encore plus manifeste dans le cas des conventions internationales conclues par les États membres. Néanmoins, il est permis d'invoquer que l'article 53 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne implique que lorsque tous les États membres ont ratifié des conventions internationales (sur les droits de l'homme), celles-ci sont censées influencer l'interprétation des dispositions connexes du droit communautaire ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Bell, M., «Equality and the EU Constitution», *Industrial Law Journal* 2004, p. 254 et 255.

⁽¹¹⁸⁾ La CJCE pourrait être inspirée par la reconnaissance du besoin de mesures proactives pour lutter contre la discrimination à l'article 1, paragraphe 1, de la directive 2002/73/CE relative à l'égalité de traitement.

⁽¹¹⁹⁾ Voir notamment: Barents, R., *The Autonomy of Community Law* (Kluwer, Den Haag, 2004); Schilling, Th., «The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations», *Harvard International Law Journal* (1996) 37, p. 389-409; Weiler, J. H. H., et Haltern, U. R., «The Autonomy of the Community Legal Order — through the Looking Glass», *Harvard International Law Journal* (1996) 37, p. 411-448.

⁽¹²⁰⁾ Barents, R., *The Autonomy of Community Law*, p. 261.

⁽¹²¹⁾ Eeckhout, P., *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations* (OUP, Oxford, 2004), p. 324.

⁽¹²²⁾ Article 53 «Niveau de protection»: «Aucune disposition de la présente charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les Constitutions des États membres.» Voir également Henrard, K., «An investigation into the desirable, and possible role of the Language Charter in expanding on article 22 of the EU's Charter of Fundamental Rights», www.ciemer.org/mercator.

Même si les conventions internationales ne sont pas sans influence sur l'ordre légal communautaire, la CJCE n'est pas tenue de les suivre et elle ne doit certainement pas suivre la jurisprudence de leurs organismes de surveillance. Ces conventions et pratiques de surveillance connexes doivent davantage être considérées comme une source d'inspiration et de persuasion possible pour la CJCE, comme c'est le cas depuis des dizaines d'années en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ⁽¹²³⁾. Dans la mesure où la CJCE invoque assez fréquemment la jurisprudence d'autres organismes internationaux de surveillance, il est permis d'avancer que la CJCE semble attacher une importance particulière à la jurisprudence des cours et des tribunaux internationaux lorsqu'il s'agit de juridictions d'arbitrage reconnues, mises en place pour interpréter des règles du droit international pertinentes pour l'ordre légal communautaire ⁽¹²⁴⁾.

En d'autres termes, il n'est pas improbable que la CJCE soit influencée par des approches jurisprudentielles concernant des dispositions de non-discrimination, suivies avec constance par d'autres organes de surveillance. Même si les organismes de surveillance des droits de l'homme des Nations unies ne sont ni des cours ni des tribunaux, et même si les rares mécanismes de surveillance mis en place (pour les normes spécifiques aux minorités) ne sont pas habilités à traiter des plaintes, leurs pratiques pourraient néanmoins avoir une influence pour ce qui est de leurs domaines d'expertise spécifiques. Cependant, ainsi que nous l'expliquons ci-après, le niveau d'analyse technique de ces non-tribunaux est relativement faible, à l'exception peut-être de celui du Comité des droits de l'homme (surveillance du PIDCP). Quoi qu'il en soit, il reste à déterminer dans quelle mesure la CJCE, qui a elle-même élaboré une vaste jurisprudence technique dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination, sera influencée par la pratique d'autres organismes de surveillance.

⁽¹²³⁾ Eeckhout, P., *External Relations of the European Union*, p. 262.

⁽¹²⁴⁾ Rosas, A., «The European Court of Justice: Sources of Law and Methods of Interpretation», in Sacerdoti, G., e.a. (éd.), *The WTO at ten: the Contribution of the Dispute Settlement System* (CUP, Cambridge, 2004), p. 488 et 489.



Christina | 1943

Chapitre 3

Les dispositions du droit international dans le domaine de la non-discrimination et de la protection des minorités ⁽¹²⁵⁾

⁽¹²⁵⁾ Ce chapitre puise largement dans deux rapports que j'ai rédigés pour le Conseil de l'Europe, DH-MIN(2006)020 et DH-MIN(2006)021, concernant l'impact sur la protection des minorités nationales des normes internationales relatives à la non-discrimination en combinaison avec les droits de l'homme (CEDH et plusieurs conventions des Nations unies), ainsi que dans un article intitulé «Non-Discrimination and the Equality Principle» qui doit être édité dans le livre que publie M. Weller, *Jurisprudence Digest: Minority Protection* (OUP, 2006), 57 p.

Le présent chapitre comprend deux parties. S'il est axé sur les dispositions internationales dans le domaine de l'égalité et de la non-discrimination, il convient toutefois d'établir ici une distinction entre les dispositions pertinentes figurant dans les instruments non spécifiques aux minorités et les dispositions contenues dans des instruments spécifiques.

3.1. Les dispositions de non-discrimination dans les instruments non spécifiques aux minorités

La présente partie suivra la structure thématique telle qu'utilisée pour l'évaluation de la directive sur l'égalité raciale dans le deuxième chapitre. Pour chaque thème, il sera fait référence au texte et/ou à la pratique de surveillance des conventions suivantes ⁽¹²⁶⁾: le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, articles 2 et 26) ⁽¹²⁷⁾, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC, article 2), la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIERD), la convention européenne

⁽¹²⁶⁾ Bien qu'elle n'ait pas d'origine intergouvernementale et qu'elle ne soit pas juridiquement contraignante, la recommandation de politique générale n° 7 de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) sur la législation nationale pour lutter contre le racisme et la discrimination raciale a été adoptée par un organe du Conseil de l'Europe ayant une compétence spécifique sur la question, ce qui, par conséquent, lui donne de facto de l'autorité. Il est judicieux de s'y reporter, car elle fait appel non seulement aux instruments qui entrent en ligne de compte dans la directive sur l'égalité raciale mais également à la directive elle-même [voir également Cardinale, G., «The Preparation of ECRI General Policy Recommendation no 7 on National Legislation to Combat Racism and RD», in Niessen, J., et Chopin, I. (éd.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe* (Martinus Nijhof, Den Haag, 2004) p. 83 et 84].

Pour une discussion plus approfondie, voir Howard, E., «Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on two fronts», *European Law Journal* 2005, p. 468-486.

Relevons que la recommandation de l'ECRI (et le mémorandum explicatif), plus explicite sur quelques questions, pourrait intéresser l'interprétation de certains concepts. À cet égard, citons la définition du racisme et l'inclusion des «services publics», qui comprennent également les services de police et autres responsables de l'application de la loi.

Il convient également de remarquer que la recommandation insiste sur le fait que les sanctions pénales ne peuvent pas ne pas apparaître. Voir également: Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD), *Lacko contre Slovaquie*, communication n° 11/1998, paragraphe 6.3; *Dragan Durmic contre Serbie-et-Monténégro*, communication n° 29/2003, paragraphe 9.3. Au vu de la persistance de problèmes (depuis 2001) pour l'adoption d'une décision-cadre sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, il est peu probable que l'on assiste à un développement semblable en application de la directive sur l'égalité raciale. Néanmoins, on gardera à l'esprit la décision historique de la CJCE (C-176/03).

⁽¹²⁷⁾ Il convient de noter que, dans l'article 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, le mot «discrimination» n'apparaît pas, mais uniquement le mot «distinction». Il est toutefois évident que par «distinction», le Comité des droits de l'homme entend «discrimination». C'est également clair dans l'observation générale n° 18 (paragraphe 1 et suivants). D'autres articles concernent également l'égalité mais, étant donné qu'ils dépassent le cadre du présent rapport, ils n'y sont pas inclus. L'article 3 porte essentiellement sur l'égalité des droits pour les hommes et pour les femmes et concerne donc uniquement l'aspect touchant à l'égalité entre les hommes et les femmes. L'article 23, paragraphe 4, du PIDCP est également utile à cet égard, car il concerne l'égalité des droits des conjoints. On remarquera également que l'article 24 contient une clause de non-discrimination relativement aux enfants et à leur droit d'être protégés en tant que mineurs. Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18, paragraphe 5.

des droits de l'homme (CEDH, article 14, et 12^e protocole additionnel) ⁽¹²⁸⁾ et la charte sociale européenne [article 1, point 2, de la version de 1961 ⁽¹²⁹⁾ et article E de la version révisée] ⁽¹³⁰⁾.

3.2. Portée de l'interdiction de discrimination

3.2.1. Portée ratione personae

S'agissant des motifs de discrimination inclus dans une disposition particulière, il convient tout d'abord d'établir une distinction entre les systèmes ouverts et les systèmes fermés. La plupart des instruments régionaux contiennent une énumération non exhaustive des motifs de discrimination interdits, se terminant par une expression «fourre-tout» telle que «ou tout autre statut».

À l'échelon des Nations unies, il existe, outre les conventions générales de protection des droits de l'homme — PIDCP et PIDESC —, des conventions spécifiques qui se concentrent sur l'interdiction de la discrimination fondée sur un seul motif, à savoir la race (CIERD) et le genre (CEDAW — convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes).

Même s'il existe des différences spécifiques entre les motifs explicitement énumérés dans les modèles ouverts, les aspects suivants sont généralement présents et revêtent une importance particulière pour les minorités. Il s'agit de la race, de la religion et des convictions. D'autres aspects, qui sont tout aussi pertinents, ne figurent pas dans la majorité des conventions. Il s'agit de la langue (PIDCP et PIDESC) et de l'association avec une minorité nationale (CEDH et charte sociale européenne) ⁽¹³¹⁾. Alors que l'origine ethnique ou l'ethnicité et la couleur de peau ne sont, elles non plus, pas toujours mentionnées, elles sont en général comprises comme étant incluses dans le concept de «race» (voir ci-après). D'aucuns pourraient avancer que, finalement, cela importe peu, puisque les modèles ouverts «laissent une ouverture» en utilisant une expression générale du type «ou tout autre statut» qui couvre précisément les aspects non expressément mentionnés.

Le fait que l'article 14 de la CEDH cite «l'association à une minorité nationale» parmi les motifs de discrimination interdits refléterait déjà le souhait que les États parties ne négligent pas la question des minorités. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée assez restrictive lorsqu'elle a dû se prononcer sur des plaintes lui ayant été soumises par des membres de minorités ⁽¹³²⁾. En ce qui concerne les plaintes pour discrimination raciale, il convient de souligner le fait que la Cour n'aborde pas toujours ce motif et que, même lorsqu'elle le fait, elle choisit de n'apporter aucune clarification ⁽¹³³⁾.

⁽¹²⁸⁾ À propos de la CEDH, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'homme n'a encore prononcé aucun arrêt concernant le protocole n° 12. Le mémorandum explicatif est donc le seul document où l'on pourrait trouver des éclaircissements. On prévoit que les principes élaborés à ce jour par rapport à l'interdiction de discrimination seront également suivis eu égard au protocole n° 12.

⁽¹²⁹⁾ L'article 1, paragraphe 2, ne constitue pas une disposition explicite de non-discrimination mais est interprété comme telle par l'organe de contrôle, le Comité européen des droits sociaux.

⁽¹³⁰⁾ Il convient néanmoins de reconnaître que le Comité européen des droits sociaux n'a pas d'approche cohérente des activités de contrôle qu'il exerce par rapport à la charte sociale européenne.

⁽¹³¹⁾ Il convient de relever que le protocole n° 12 présente également une énumération non exhaustive de motifs de discrimination interdits, identique à celle que l'on trouve à l'article 14 de la CEDH.

⁽¹³²⁾ Voir notamment: Fenet, A., «Europe et les minorités», in Fenet, A., e.a. (éd.), *Le droit et les minorités: analyses et textes* (Bruylant, Bruxelles, 1995), p. 97 et 102; Gilbert, G., «The Legal Protection Accorded to Minority Groups in Europe», *N. YB. I.L.* 1992, p. 90.

⁽¹³³⁾ CEDH, *Özgür Gündem contre Turquie* (16 mars 2000), paragraphe 75.

En ce qui concerne le motif de la race, la CIERD inclut, dans la discrimination raciale, la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'hérédité et l'origine nationale ou ethnique. Le concept de race est donc compris comme recouvrant «la couleur, l'hérédité et l'origine nationale ou ethnique». Dans le cadre de ses travaux, et notamment en ce qui concerne les observations finales sur les rapports nationaux périodiques, le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) s'est aussi intéressé à des questions en rapport avec la langue. Il a ainsi appelé les États parties à maintenir la possibilité, pour les différents groupes ethniques, de recevoir des instructions dans leur propre langue ⁽¹³⁴⁾ ainsi que d'utiliser leur langue maternelle dans la sphère privée et publique ⁽¹³⁵⁾.

De la même façon, le CERD a indiqué qu'aux termes de la convention, une législation spécifique pourrait être requise s'agissant des langues ⁽¹³⁶⁾. On voit donc clairement que le CERD est d'avis que le fait d'imposer des exigences linguistiques en matière d'emploi pourrait constituer une discrimination raciale (indirecte), dans la mesure où lesdites exigences ne seraient pas raisonnablement et objectivement justifiées ⁽¹³⁷⁾.

Il apparaît tout aussi clairement que les termes «race» et «religion» se chevauchent et se recourent ⁽¹³⁸⁾, donnant lieu à plusieurs cas ambigus, notamment depuis les attentats du 11 septembre et la montée de l'islamophobie ⁽¹³⁹⁾.

L'existence d'un chevauchement considérable entre les concepts de «communautés ethniques minoritaires» et d'«étrangers ou ressortissants de pays tiers» est, elle aussi, largement reconnue ⁽¹⁴⁰⁾. En d'autres termes, le traitement différencié fondé sur la nationalité pourrait éventuellement masquer une différence de traitement fondée sur la race, qui pourrait être mise au jour par un impact disproportionné sur un groupe racial (ou ethnique) particulier. Ce constat souligne une fois encore l'importance du concept de «discrimination indirecte». Toutefois, la CIERD (article 1, paragraphe 2) exclut spécifiquement toute différenciation fondée sur la nationalité du champ d'application de l'interdiction de la discrimination raciale. Il convient toutefois de souligner le fait que, dans sa recommandation générale n° 30 de 2004 sur la discrimination contre des non-citoyens, le CERD limite considérablement la permissivité d'un traitement différencié fondé sur la nationalité ⁽¹⁴¹⁾. Le Comité a explicitement mis en évidence que le paragraphe 2 de l'article 1 de la CIERD ne doit pas porter préjudice à l'interdiction fondamentale de la discrimination raciale, reconnaissant ainsi indirectement le lien avec la discrimination indirecte fondée sur la race ⁽¹⁴²⁾. Cette position se retrouve également, bien qu'à des degrés divers, dans la pratique de surveillance d'autres organismes. Dans son observation générale sur l'éducation et dans celle sur l'eau, le CESCR (Comité des droits économiques, sociaux et culturels) affirme que la nationalité ne doit pas être à la base d'une différenciation ⁽¹⁴³⁾, ce qui pourrait vouloir dire que la différenciation fondée sur la nationalité ne se justifie que dans un très petit nombre de cas. De même, le CDH souligne qu'il faudra à chaque fois examiner attentivement si,

⁽¹³⁴⁾ Document des Nations unies CERD/304/Add.51, paragraphe 13 (Arménie); document des Nations unies CERD/304/Add.46, paragraphe 13 (Pays-Bas).

⁽¹³⁵⁾ Document des Nations unies CERD/304/Add.38, paragraphe 15 (ancienne République yougoslave de Macédoine).

⁽¹³⁶⁾ Document des Nations unies CERD/65/CO/3, paragraphe 12 (Kazakhstan).

⁽¹³⁷⁾ CERD, *Emir Sefic contre Danemark* (communication n° 32/2003), paragraphe 7.2.

⁽¹³⁸⁾ Bell, M., «Setting Standards in the Fight against Racism: a Comparison of the EU and the Council of Europe», in Niessen, J., et Chopin, I. (éd.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe* (Dordrecht, 2004), p. 219.

⁽¹³⁹⁾ Thornberry, P., «Confronting Racial Discrimination: a CERD Perspective», *5 Human Rights Law Review* 2005, p. 259.

⁽¹⁴⁰⁾ Voir notamment Bell, M., «Setting Standards in the Fight against Racism», p. 218 et 219.

⁽¹⁴¹⁾ Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies* (Intersentia, Antwerpen, 2005), p. 91.

⁽¹⁴²⁾ CERD, recommandation générale n° 25, paragraphes 2 et 4.

⁽¹⁴³⁾ Document des Nations unies HRI/GEN/1/Rev.7, observation générale n° 13 (1999), «Le droit à l'éducation», paragraphes 30 et 34; document des Nations unies HRI/GEN/1/Rev.7, observation générale n° 15 (2002), «Le droit à l'eau», paragraphe 16, point f).

sur la base de la situation, une différenciation fondée sur la nationalité est objective et raisonnable. Ce Comité se montre plutôt critique quant aux justifications proposées pour ladite différenciation ⁽¹⁴⁴⁾.

Le motif de l'origine ethnique figure en bonne place dans le cadre de la CIERD, et il convient à cet égard de souligner le fait que son Comité accorde une attention spécifique aux problèmes des minorités, en tenant compte de ce motif de différenciation. De manière assez surprenante, le CERD tire même des conclusions concernant la définition des minorités, laquelle ne doit pas être selon lui trop restrictive ⁽¹⁴⁵⁾. L'attention portée par la CIERD aux minorités est également fortement perceptible dans la rédaction d'une recommandation générale sur les Roms ⁽¹⁴⁶⁾. Cette attention particulière pour les Roms traduit aussi des préoccupations en faveur de l'égalité substantielle, en ce sens que leur situation particulièrement vulnérable exige une attention supplémentaire ⁽¹⁴⁷⁾.

Quant à la question de savoir dans quelle mesure l'interdiction de la discrimination raciale concerne également la sphère privée, tout dépend de la façon dont l'obligation d'action positive imposée aux États s'étend aux relations entre parties privées (voir infra).

3.2.2. Portée *ratione materiae*

La portée *ratione materiae* des conventions internationales ne se heurte pas aux limites de compétences qui caractérisent les instruments communautaires. Des limitations apparaissent toutefois lorsqu'une interdiction de discrimination n'est pas générale, mais bien accessoire. En effet, l'interdiction de discrimination serait alors uniquement fonction des autres droits inscrits dans l'instrument concerné. La disposition antidiscriminatoire du PIDESC et de la charte sociale européenne est accessoire, tandis que le PIDCP ⁽¹⁴⁸⁾ et la CEDH contiennent une interdiction accessoire [article 2 du PIDCP et article 14 de la CEDH ⁽¹⁴⁹⁾] mais aussi générale de la discrimination (article 26 du PIDCP et protocole additionnel n° 12 à la CEDH).

En ce qui concerne la CIERD, il convient de souligner le fait que l'article 2 indique que les États parties s'engagent, d'une manière générale, à poursuivre une politique visant à éliminer toute forme de discrimination raciale. L'énumération des droits à l'article 5, dont la jouissance non discriminatoire doit être assurée, ne limite pas la

⁽¹⁴⁴⁾ Voir notamment: Comité des droits de l'homme, *Karakurt contre Autriche* (communication 965/00), paragraphe 8.4. Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Kříž contre République tchèque* (communication n° 1054/2002, 1^{er} novembre 2005), paragraphe 7.3. Voir également: Comité des droits de l'homme, *Adam contre République tchèque* (communication n° 586/1994, 23 juillet 1996), paragraphe 12.6; Comité des droits de l'homme, *Blazek contre République tchèque* (communication n° 857/1999), paragraphe 5.8; Comité des droits de l'homme, *Marik contre République tchèque* (communication n° 945/2000), paragraphe 6.4.

⁽¹⁴⁵⁾ Voir également: CERD, conclusions pour l'Estonie, A/57/18, paragraphe 356; CERD, conclusions pour l'Ukraine, A/56/18, paragraphe 376.

⁽¹⁴⁶⁾ CERD, recommandation générale n° 27, «La discrimination à l'égard des Roms».

⁽¹⁴⁷⁾ Voir aussi l'identification de diverses déficiences dans la directive sur l'égalité raciale en matière de protection et d'intégration des Roms, ce qui conduit le réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux à faire valoir qu'une directive concernant spécifiquement les Roms est indispensable: observation thématique n° 3, «La protection des minorités dans l'Union européenne», 2005, p. 25 à 55.

⁽¹⁴⁸⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18, paragraphe 12.

⁽¹⁴⁹⁾ L'absence d'interdiction générale de discrimination a donné lieu à une vaste critique, notamment par des universitaires soucieux de la protection des minorités. Le douzième protocole additionnel a rectifié cette situation.

Il convient de reconnaître que la Cour nuance la rigidité de la nature accessoire de l'article 14 en n'exigeant pas qu'il y ait eu manquement à ces autres articles eux-mêmes. L'article 14 ne peut cependant être appliqué que si les faits en question relèvent de l'un ou de plusieurs des droits fondamentaux de la CEDH. Voir notamment CEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek contre France* (27 juin 2000), paragraphe 29. La Cour a tendance à interpréter cette exigence de manière large, en ce sens qu'elle accepte assez facilement que les faits relatifs à une affaire relèvent d'une des dispositions fondamentales.

portée générale de cette obligation, étant donné que l'article cite un très large éventail de droits. En outre, il ne s'agit nullement d'une énumération exhaustive, comme l'indique précisément le terme «notamment» ⁽¹⁵⁰⁾.

3.3. Ouverture vers l'égalité substantielle

En comparant le test de justification utilisé par les divers organes de surveillance, il apparaît que celui-ci est dans une large mesure similaire et exige généralement qu'un traitement différencié soit raisonnablement et objectivement justifié ⁽¹⁵¹⁾. Cette exigence tend à être subdivisée en une exigence d'objectif légitime et en une exigence en vertu de laquelle ce traitement différencié est proportionné ⁽¹⁵²⁾ à cet objectif légitime ⁽¹⁵³⁾.

En ce qui concerne le PIDCP, il convient de souligner le fait que l'observation générale n° 23 fournit une indication claire quant au lien entre les mesures spécifiques de protection des minorités au titre de l'article 27 et l'interdiction de discrimination. Après avoir souligné que les États peuvent, sur la base de l'article 27, avoir l'obligation positive de prendre des mesures spécifiques pour protéger l'identité d'une minorité, le CDH souligne que «ces mesures positives doivent respecter les dispositions du paragraphe 1 de l'article 2 et de l'article 26 du pacte, en ce qui concerne tant le traitement réservé individuellement aux différentes minorités que le traitement des personnes appartenant à des minorités par rapport au reste de la population. Toutefois, si ces mesures visent à remédier à une situation empêchant ou entravant l'exercice des droits garantis à l'article 27, les États peuvent légitimement établir une distinction conformément au pacte, à condition de se fonder sur des critères raisonnables et objectifs» ⁽¹⁵⁴⁾. Sans doute les mesures spéciales concernées ne sont-elles pas de nature temporaire.

⁽¹⁵⁰⁾ CERD, recommandation générale n° 20, «Mise en œuvre sans discrimination des droits et libertés» (article 5), paragraphe 1.

⁽¹⁵¹⁾ Avant 2005, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR) n'avait jamais explicitement déclaré que les distinctions établies sur la base de critères objectifs et raisonnables ne constituaient pas une discrimination (Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 63). Cependant, dans son observation générale n° 16, intitulée «Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels», le Comité a explicitement inclus le critère de la justification objective (paragraphe 12).

⁽¹⁵²⁾ Il convient de souligner que ce test de proportionnalité peut être plus ou moins strict selon le niveau réel d'attention adopté pour l'examen. Pour une élaboration plus approfondie sur le niveau d'attention apporté à l'examen relativement à l'interdiction de discrimination et à la protection des minorités, voir notamment Henrard, K., *The Impact of International non-discrimination norms in combination with general human rights for the protection of national minorities: The European Convention on Human Rights*, octobre 2006, DH-MIN(2006)021prov, p. 11-13, 17 et 18.

⁽¹⁵³⁾ La CEDH applique de toute manière l'abondante jurisprudence établie depuis l'affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (23 juillet 1968, paragraphe 10). Le Comité des droits de l'homme n'utilise pas les termes «objectif légitime» et «proportionnalité» mais examine si la distinction est objective et raisonnable, ce dernier point impliquant des considérations relatives à la proportionnalité (Comité des droits de l'homme, *Lahcen B. M. Oulajin et Mohamed Kaiss contre Pays-Bas*, communications n°s 406/1990 et 426/1990, 23 octobre 1992, paragraphe 7.4; Comité des droits de l'homme, *Sœur Immaculate Joseph et 80 sœurs enseignantes de la Sainte-Croix du Troisième Ordre de Saint-François d'Assise de Menzingen contre Sri Lanka*, communication n° 1249/2004, 21 octobre 2005, paragraphe 7.4). Dans son observation générale n° 18, paragraphe 13, et sa quasi-jurisprudence, le Comité souligne que l'interdiction de discrimination ne fait pas de toutes les différences de traitement des discriminations puisqu'une «différenciation fondée sur des critères raisonnables et objectifs ne constitue pas une discrimination interdite» [voir aussi Hanski, R., et Scheinin, M., *Leading Cases of the Human Rights Committee* (Abo, 2003), p. 326]. L'observation générale ajoute explicitement que le but visé par la différenciation est légitime au regard du pacte (ce qui, en réalité, est également englobé dans l'exigence que la différenciation soit fondée sur des critères raisonnables et objectifs).

⁽¹⁵⁴⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 23, paragraphe 6.2.

3.3.1. Discrimination indirecte

S'agissant des organismes de surveillance des traités des Nations unies, force est de constater que la pratique eu égard à la discrimination indirecte demeure très inégale.

Le CERD et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ont adopté d'emblée une attitude très positive par rapport à la discrimination indirecte. Le CERD reconnaît explicitement dans sa recommandation générale n° 14 sur la définition du concept de «discrimination raciale»: «En cherchant à déterminer si un acte est contraire à la convention, le CERD s'emploiera à déterminer si l'acte en question a un impact distinct injustifiable sur un groupe qui se distingue des autres par sa race, sa couleur de peau, son ascendance ou son origine nationale ou ethnique.»⁽¹⁵⁵⁾

Cette disposition reconnaît finalement clairement que l'inclusion d'un «effet» en plus d'un «objectif» dans la définition proposée à l'article 1 se réfère en fait au phénomène de «discrimination indirecte». De même, le Comité de la CEDAW souligne, s'agissant de la définition détaillée à l'article 1 de la convention, que l'interdiction inclut tant la discrimination directe que la discrimination indirecte, opérée tant par des acteurs publics que par des acteurs privés⁽¹⁵⁶⁾.

La pratique de surveillance du CERD confirme cette reconnaissance du concept de discrimination indirecte. Le Comité aborde généralement les préoccupations de discrimination indirecte⁽¹⁵⁷⁾ et formule régulièrement des déclarations à cet égard concernant spécifiquement les minorités. Dans ses observations finales sur le Danemark par exemple, il affirme ainsi que l'interdiction faite aux enfants d'utiliser leur langue maternelle dans certains établissements pourrait, en fait, aboutir à une discrimination indirecte à l'encontre des minorités, alors que cette interdiction est conçue à l'origine pour faciliter leur intégration⁽¹⁵⁸⁾.

La pratique de surveillance du CDH est longtemps restée peu cohérente s'agissant de l'acceptation du concept de «discrimination indirecte»⁽¹⁵⁹⁾. Cela est étonnant dans la mesure où l'observation générale n° 18 fait explicitement référence à l'«effet», tandis que les termes «ou effet» sont généralement censés impliquer une ouverture vers la discrimination indirecte⁽¹⁶⁰⁾. Il semble dès lors que le CDH ne tienne pleinement compte de la discrimination

⁽¹⁵⁵⁾ CERD, recommandation générale n° 14, paragraphe 2.

⁽¹⁵⁶⁾ Vandenhoe, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 71.

⁽¹⁵⁷⁾ Idem, p. 42.

⁽¹⁵⁸⁾ CERD/60/CO/5, paragraphe 12.

⁽¹⁵⁹⁾ Davidson, S., «Equality and Non-discrimination», in Conte, Davidson et Burchill (éd.), *Defining Civil and Political Rights* (Ashgate, 2004), p. 167; Joseph, S., Schultz, J., et Castan, M., «Cases, Materials and Commentary», p. 696. Mettre en parallèle, par exemple: Comité des droits de l'homme, *Ballantyne et consorts contre Canada*, paragraphe 11.5, avec Comité des droits de l'homme, *Diergaardt contre Namibie*, paragraphe 10.10. Dans la décision concernant l'affaire *Ballantyne*, le Comité des droits de l'homme a totalement ignoré le fait que l'interdiction de l'affichage commercial extérieur en d'autres langues qu'en français aurait un effet disproportionné sur les commerçants anglophones dans la province du Québec, qui est en majorité francophone. Le Comité s'est concentré sur le fait que la règle s'appliquerait de manière égale aux commerçants francophones et anglophones. Cependant, dans la décision relative à l'affaire *Diergaardt*, le Comité des droits de l'homme a considéré qu'il y avait violation de l'article 26 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, car l'interdiction faite aux fonctionnaires de faire usage de l'afrikaans dans les conversations téléphoniques ou dans la correspondance aurait eu un effet néfaste sur les personnes parlant afrikaans. Dans cette affaire également, la mesure a été appliquée à tous, indépendamment de l'origine ethnique.

⁽¹⁶⁰⁾ Joseph, S., Schultz, J., et Castan, M., «Cases, Materials and Commentary», p. 694.

indirecte et de l'interdiction de ce phénomène que depuis peu ⁽¹⁶¹⁾, comme ce fut le cas dans les affaires *Althammer contre Autriche* ⁽¹⁶²⁾ et *Derksen contre Pays-Bas* ⁽¹⁶³⁾. Ces deux décisions indiquent une réelle prise en compte du concept de «discrimination indirecte» ⁽¹⁶⁴⁾.

Il ne peut être affirmé que la jurisprudence de la CEDH reconnaisse le concept de discrimination indirecte ni qu'elle le défende bec et ongles. Cette réticence qu'éprouve la Cour à simplement reconnaître le concept de discrimination indirecte s'est manifestée très clairement dans *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* ⁽¹⁶⁵⁾. Dans cette affaire, la Cour a tenu le raisonnement suivant: il serait dans ce cas pratiquement impossible de s'appuyer avec succès sur le concept de discrimination indirecte étant donné qu'elle a qualifié de non pertinent l'impact différent sur certains groupes (en raison des caractéristiques qui leur sont propres) exercé par des règles neutres de prime abord ⁽¹⁶⁶⁾.

Ce n'est que depuis 2001 qu'elle reconnaît explicitement que, lorsqu'une politique ou une mesure générale a un effet préjudiciable et disproportionné sur un groupe particulier, il n'est pas exclu que ladite politique ou mesure puisse être considérée comme discriminatoire, même si elle ne vise ou ne cible pas spécifiquement ce groupe ⁽¹⁶⁷⁾. Même s'il convient de se réjouir de cette évolution, son importance ne doit cependant pas être surestimée. En effet, la Cour précise immédiatement que «toutefois, même s'il apparaît, d'un point de vue statistique, que la majorité des gens abattus par les forces de sécurité appartenaient à la communauté catholique ou nationaliste, [la Cour] ne considère pas que ces statistiques peuvent en soi révéler une pratique qui pourrait être considérée comme discriminatoire au sens de l'article 14» (ibid.). Il apparaît clairement que la Cour semble imposer une lourde charge de la preuve, sans toutefois donner davantage de précisions à ce sujet.

La décision de recevabilité dans *Hoogendijk contre Pays-Bas* (6 janvier 2005) est apparue prometteuse étant donné qu'elle exprimait une attitude plus positive par rapport à ce type de preuve. Elle n'excluait plus en effet que les preuves statistiques (statistiques officielles convaincantes) puissent suffire pour établir un cas de discrimination *prima facie* ⁽¹⁶⁸⁾. D'aucuns ont donc attendu avec impatience une nouvelle affaire de «discrimination indirecte», espérant qu'elle vienne clarifier davantage la position prise par la Cour dans *Hoogendijk*. Toutefois, la décision de la Cour dans *D. H. e.a. contre République tchèque* n'a absolument pas été à la hauteur des attentes. Cette affaire

⁽¹⁶¹⁾ Depuis 2002, le CESCR fait aussi explicitement référence à des formes déguisées de discrimination, tandis que, dans son observation générale n° 16 (2005), paragraphe 13, il inclut une définition explicite de la discrimination indirecte, alignée sur la manière générale de comprendre ce concept: «Il se produit une discrimination indirecte lorsqu'une loi, une politique ou un programme ne paraît pas discriminatoire, mais entraîne une discrimination une fois mis en application.»

⁽¹⁶²⁾ Comité des droits de l'homme, *Althammer contre Autriche* (communication n° 998/2001), paragraphe 10.2.

⁽¹⁶³⁾ Comité des droits de l'homme, *Derksen contre Pays-Bas* (communication n° 976/2001), paragraphe 9.3.

⁽¹⁶⁴⁾ Le Comité commence par remarquer qu'une certaine mesure semble neutre a priori ou dénuée de toute intention discriminatoire mais néanmoins entraîne une discrimination du fait de son effet négatif, exclusif ou disproportionné, sur une certaine catégorie de personnes.

⁽¹⁶⁵⁾ CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, série A, n° 94, paragraphe 85.

⁽¹⁶⁶⁾ Voir également Gerards, J. H., *Rechtelijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel* (2002), p. 114. Cf. De Schutter, O., «Le droit au mode de vie tsigane», p. 79-85. La réticence de la Cour à prendre en considération le contexte plus large contribue à cette situation. La prise en charge de la discrimination systémique en est rendue encore plus difficile. L'affaire *Buckley contre Royaume-Uni* (CEDH, 25 septembre 1996) est un modèle de l'attitude restrictive de la Cour vis-à-vis des plaintes déposées par les Tsiganes. Voir également De Schutter, O., «Le droit au mode de vie tsigane», p. 84 et 85.

⁽¹⁶⁷⁾ CEDH, *Kelly contre Royaume-Uni* (4 mai 2001), paragraphe 148; CEDH, *Hugh Jordan contre Royaume-Uni* (4 mai 2001), paragraphe 154; CEDH, *McShane contre Royaume-Uni* (28 mai 2002), paragraphe 135. Les affaires faisant jurisprudence concernaient toutes la plainte que les morts causées par les activités des services de sécurité dans le conflit que connaissait l'Irlande du Nord étaient en nombre démesurément plus élevé parmi un groupe religieux bien précis, ce qui représentait une violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 9. Ce principe a également été repris (notamment) dans les affaires concernant les Roms: CEDH, *Natchova contre Bulgarie* (26 février 2004), paragraphe 167.

⁽¹⁶⁸⁾ Voir aussi Hendriks, A., «Noot bij Hoogendijk t. Nederland (EHRM 6 Januari 2005)», *NJCM Bulletin* 2005, p. 452. Il convient toutefois de reconnaître que cette affaire ne concerne pas des minorités.

concerne le problème omniprésent d'enfants d'origine rom envoyés dans des écoles de l'enseignement spécial pour enfants souffrant d'un retard mental dans plusieurs pays d'Europe orientale, en l'espèce la République tchèque. À plusieurs égards, la Cour semble être revenue sur sa prometteuse décision dans *Hoogendijk* ⁽¹⁶⁹⁾. Tout d'abord, elle semble remettre une nouvelle fois en question le concept même de «discrimination indirecte» en privilégiant nettement l'«intention» ⁽¹⁷⁰⁾, alors que «la force même du concept de discrimination indirecte est précisément de refuser de considérer la pertinence de toute intention discriminatoire comme une condition préalable à un jugement favorable au plaignant» ⁽¹⁷¹⁾. En outre, la Cour ne confirme pas son attitude positive quant aux «statistiques officielles convaincantes» et en revient plutôt à l'ancienne formulation selon laquelle les statistiques ne sont pas suffisantes en soi pour l'établissement de la preuve. Alors que cette décision semblait surtout confirmer le malaise de la CEDH par rapport au concept de la discrimination indirecte ⁽¹⁷²⁾, son récent jugement dans l'affaire *Zarb Adami contre Malte* (20 juin 2006) montre (du moins lorsque ce sont des hommes qui subissent une discrimination indirecte) qu'elle peut aussi se montrer sous un autre jour. Sans plus de cérémonie, la Cour a conclu, du fait que les statistiques montrent que l'obligation civique du service de jury pèse de manière prédominante sur les hommes, à l'existence d'une différence de traitement entre deux groupes se trouvant dans une situation similaire» ⁽¹⁷³⁾. Une évaluation stricte de l'existence d'une justification raisonnable et objective a amené la Cour à conclure ici à une violation de l'article 14 ⁽¹⁷⁴⁾.

L'organisme de surveillance de la charte sociale européenne — le Comité européen des droits sociaux — s'est montré nettement plus désireux d'interpréter l'interdiction de discrimination comme impliquant également une discrimination indirecte. Il est particulièrement intéressant de noter que le Comité a reconnu l'existence du lien étroit entre l'interdiction de la discrimination indirecte et l'importance, à cet égard, d'une obligation de différenciation ⁽¹⁷⁵⁾.

3.3.2. Obligation de traitement différencié

Malgré la réticence de la CEDH à reconnaître la discrimination indirecte, l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce* (6 avril 2000) révèle que la Cour est prête à développer de manière significative sa jurisprudence antidiscriminatoire en faveur de l'égalité substantielle, puisqu'elle admet ce qui suit:

«La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la convention lorsque les États font subir, sans justification objective

⁽¹⁶⁹⁾ Voir également Henrard, K., «Noot bij D.H. en overige t. Tsjechië», EHRM 7 février 2006, ECHR 2006/43, p. 392 et 393.

⁽¹⁷⁰⁾ CEDH, *D. H. e.a. contre République tchèque* (7 février 2006), paragraphes 48, 52 et 53.

⁽¹⁷¹⁾ Loenen, T., «Indirect discrimination: Oscillating between Containment and Revolution», in Loenen, T., et Rodriguez, P. R. (éd.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives* (Martinus Nijhoff, 1999), p. 201; Tobler, C., *Indirect Discrimination*, p. 114.

⁽¹⁷²⁾ Voir aussi l'affaire *Podkolzina contre Lettonie* (discutée infra de manière plus approfondie), dans laquelle la Cour n'a pas même examiné une violation possible de l'article 14, alors qu'un point essentiel de l'affaire portait sur des exigences de la loi électorale lettone rigoureuses sur le plan linguistique. C'est très regrettable, car de telles exigences sont au cœur du problème en ce qui concerne les minorités linguistiques. Voir aussi Spiliopoulou-Akermark, A., *Justifications of Minority Protection in International Law* (London, 1997), p. 6.

⁽¹⁷³⁾ CEDH, *Zarb Adami contre Malte*, 20 juin 2006, paragraphes 77-78.

⁽¹⁷⁴⁾ CEDH, *Zarb Adami contre Malte*, paragraphes 80-83.

⁽¹⁷⁵⁾ Selon la décision rendue par le Comité européen des droits sociaux dans l'affaire *Autisme — Europe contre France*, l'interdiction de discrimination implique un devoir d'adopter des différences dans les mesures: «Une discrimination indirecte peut apparaître lorsqu'il n'est pas tenu dûment et positivement compte de toutes les différences ou lorsque les mesures adéquates n'ont pas été prises pour s'assurer que les droits et avantages collectifs ouverts à tous sont effectivement accessibles à tous.» (réclamation collective n° 13/2002 par Autisme — Europe contre la France, décision sur le bien-fondé, 4 novembre 2003, paragraphe 52). Voir également l'observation thématique n° 3 du réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, 2005, p. 23.

et raisonnable, un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues [...]. Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la convention sans être soumis à la discrimination est *également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes*»⁽¹⁷⁶⁾ (mise en évidence en italique par l'auteur).

En d'autres termes, dans certaines circonstances, l'interdiction de discrimination peut entraîner l'obligation, pour les États, d'appliquer un traitement différent à des personnes «dont les situations sont sensiblement différentes». Selon la portée que la Cour est prête à donner à ce raisonnement, celui-ci pourrait être à la base de la reconnaissance d'une obligation positive, de la part des États, d'adopter des droits spécifiques en faveur des minorités, tenant compte de la situation et des besoins particuliers de la minorité concernée. Dans cette affaire, la Cour a estimé qu'une personne condamnée pour objection de conscience, décision motivée par l'exercice de sa liberté de religion, ne pouvait être traitée de la même façon qu'une personne condamnée pour d'autres motifs, sans rapport avec l'exercice de ses droits fondamentaux. Toutefois, même si la Cour s'est appuyée sur le raisonnement suivi dans *Thlimmenos* pour d'autres affaires en rapport des minorités (ethniques ou nationales), les résultats ont été plutôt modestes⁽¹⁷⁷⁾. La Cour fait clairement preuve de beaucoup de prudence lorsqu'il s'agit «d'imposer» des exceptions à l'application de normes générales, lorsque celles-ci ne s'inscrivent pas dans le cadre de la liberté de culte⁽¹⁷⁸⁾. L'arrêt *Chapman contre Royaume-Uni* aurait pu établir la règle importante selon laquelle les États ont une obligation positive de faciliter le mode de vie des gitans⁽¹⁷⁹⁾, mais la Cour s'est montrée réticente à admettre que les Roms devaient être traités comme les autres personnes en ce qui concerne les règles et les politiques générales en matière d'aménagement, malgré leurs besoins particuliers liés à leur tradition de vivre et de voyager dans des caravanes⁽¹⁸⁰⁾.

Le Comité des droits de l'homme n'a pas développé davantage cette seconde dimension de l'interdiction de discrimination en tant que telle, mais sa pratique tend à indiquer que l'obligation de prendre des mesures d'action positive ainsi que d'autres mesures «spéciales» (pas nécessairement des mesures temporaires prises a posteriori) pourrait être considérée comme étant inhérente à l'interdiction de discrimination, en ce sens que le fait de ne pas prendre de telles mesures pour hisser de tels groupes à un niveau d'égalité avec d'autres membres de la société pourrait être considéré comme une perpétuation de la discrimination systématique, de sorte que, dans ce cas, les États ne respecteraient pas leur obligation d'assurer une protection efficace et égale contre la discrimination, comme l'exige l'article 26⁽¹⁸¹⁾.

Le Comité des droits sociaux et civils semble avoir adopté une approche de l'interdiction de discrimination similaire aux termes de l'article 2 du PIDCP, en indiquant que l'obligation imposée aux États de faciliter l'interdiction de discrimination les obligerait à adopter des mesures visant à garantir l'égalité des chances. Le Comité a par ailleurs

⁽¹⁷⁶⁾ CEDH, *Thlimmenos contre Grèce*, paragraphe 44.

⁽¹⁷⁷⁾ Dans *Natchova contre Bulgarie*, la Cour a effectivement établi le principe, maintes fois confirmé depuis [notamment: CEDH, *Bekos & Koutropoulos contre Grèce* (13 décembre 2005), paragraphe 73; CEDH, *Ognyanova et Choban contre Bulgarie* (23 février 2006), paragraphe 14], selon lequel les autorités de l'État ont de surcroît l'obligation «de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements» [CEDH, *Natchova contre Bulgarie* (26 février 2004), paragraphe 158].

⁽¹⁷⁸⁾ Voir toutefois l'opinion dissidente du juge Cabral dans *D. H. e.a. contre République tchèque*, qui souligne que les élèves qui, pour diverses raisons, culturelles, linguistiques ou autres, éprouvent des difficultés à poursuivre un cycle scolaire normal, doivent pouvoir attendre de l'État que celui-ci prenne des mesures positives pour pallier leur handicap et leur offrir un moyen de reprendre le cycle scolaire normal (paragraphe 2).

⁽¹⁷⁹⁾ Voir infra.

⁽¹⁸⁰⁾ CEDH, *Chapman contre Royaume-Uni*, paragraphes 127-129.

⁽¹⁸¹⁾ Davidson, S., «Equality and Non-Discrimination», in Conte, A., Davidson, S., et Burchill, R. (éd.), *Defining Civil and Political Rights: the jurisprudence of the UN Human Rights Committee* (Ashgate, Aldershot, 2004), p. 178.

souligné l'obligation d'assurer l'égalité des chances en faveur des minorités, y compris les Roms, dans plusieurs domaines, mais plus particulièrement en ce qui concerne l'emploi, le logement, la santé et l'éducation ⁽¹⁸²⁾.

Les commissions de surveillance respectives de la CEDAW et de la CIERD appréhendent l'obligation d'adopter un traitement différencié comme l'obligation d'adopter des mesures d'action positive ⁽¹⁸³⁾ (comme le stipule d'ailleurs explicitement le paragraphe 1 de l'article 2 de la CIERD tandis que cette obligation semble inhérente à la CEDAW). D'où des critiques à l'égard de la CIERD pour son absence de clause de sauvegarde contre les politiques assimilationnistes. Au mieux, la convention mettrait en œuvre une approche intégrationniste, puisqu'elle ne prévoit pas de mesures structurelles et institutionnelles en plus des mesures temporaires d'action positive ⁽¹⁸⁴⁾. Il convient néanmoins d'insister sur le fait que le Comité semble avoir tenu compte des développements plus généraux dans le domaine du droit international, en reconnaissant que les minorités disposent d'un droit à l'identité qui doit être protégé, maintenu et encouragé. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a donc avancé: «Les gouvernements devraient être sensibles aux droits des personnes appartenant à des groupes ethniques, en particulier à leur droit de mener une vie digne, de préserver leur culture [...]. Les gouvernements devraient également envisager, dans leurs cadres constitutionnels respectifs, de reconnaître aux personnes appartenant à des groupes ethniques ou linguistiques [...], si cela est approprié, le droit de se livrer à toute activité intéressant particulièrement la préservation de l'identité de ces personnes ou de ces groupes.» ⁽¹⁸⁵⁾

Ce raisonnement semblerait être en accord, au moins, avec l'encouragement (sinon l'établissement d'une obligation claire) visant à adopter des mesures spéciales «de différenciation» (voir juste ci-dessus) en vue de respecter l'interdiction de discrimination, qui est au cœur de l'approche de la CIERD.

Le texte de la CEDAW semble prévoir des «mesures spéciales temporaires» sans pour autant intégrer réellement l'obligation, pour les États, d'adopter des mesures de ce type. Toutefois, d'aucuns ont avancé clairement que le paragraphe 1 de l'article 4 de la CEDAW impliquerait également l'obligation d'adopter des «mesures spéciales temporaires» visant à réaliser l'égalité réelle et substantielle ⁽¹⁸⁶⁾. La CEDAW a en effet pour objectif ultime d'éliminer toute discrimination à l'égard des femmes. Or, l'élimination réelle de la discrimination directe et indirecte à l'égard de celles-ci pourrait bien exiger le recours à des mesures temporaires spéciales ⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸²⁾ Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 234.

⁽¹⁸³⁾ Schöpp-Schilling, H. B., «Reflections on a General Recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of all forms of discrimination against women», in Boerefijn, I., e.a. (éd.), *Temporary Special Measures* (Antwerpen, 2003), p. 28. Voir aussi: Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 219; Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18, paragraphe 10.

⁽¹⁸⁴⁾ Boyle, K., et Baldaccini, A., «A Critical Evaluation of Human Rights Approaches to Cases of Racism», in Fredman, S. (éd.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism* (Oxford, 2001), p. 158.

⁽¹⁸⁵⁾ CERD, recommandation générale n° 21: «Le droit à l'autodétermination», paragraphe 5. Ceci est repris et perfectionné dans la recommandation générale n° 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants, dans laquelle le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale insiste sur le fait que les États contractants doivent veiller à la préservation de la culture et de l'identité culturelle de ces groupes raciaux (de non-ressortissants). De ce point de vue, il convient de rappeler les références antérieures aux suggestions d'adoption de lois linguistiques, etc., émises par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale.

⁽¹⁸⁶⁾ Cook, R., «Obligations to adopt temporary special measures under the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women», in Boerefijn, I. (éd.), *Temporary Special Measures* (Antwerpen, 2003), p. 129.

⁽¹⁸⁷⁾ Cook, R., «Obligations to adopt temporary special measures under CEDAW», p. 134. À ce propos, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) insiste: «Il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes. Il faut plutôt tenir compte des différences biologiques entre les hommes et les femmes et de celles qui sont le résultat d'une production culturelle et sociale. Dans certains cas, il n'est pas possible de traiter de la même façon les hommes et les femmes du fait de ces différences.» (CEDAW, recommandation générale n° 25 concernant le paragraphe 1 de l'article 4, portant sur les mesures temporaires spéciales, paragraphe 8. Voir aussi le paragraphe 11).

Retenons surtout ici que l'obligation d'adopter des mesures spéciales visant à réaliser l'égalité substantielle ne se limite pas à la mise en place de «mesures temporaires». Une recommandation générale ultérieure de la convention, portant sur le paragraphe 1 de l'article 4 de la CEDAW, indique en effet clairement: «Les États parties devraient distinguer clairement les mesures temporaires spéciales visées au paragraphe 1 de l'article 4 pour accélérer la réalisation d'un objectif concret en faveur des femmes, à savoir leur égalité de fait ou réelle, des autres politiques sociales générales adoptées pour améliorer la situation des femmes et des filles. Toutes les mesures qui sont potentiellement favorables aux femmes ou qui le seront effectivement ne sont pas des mesures temporaires spéciales. Les conditions générales instaurées pour garantir aux femmes et aux filles l'exercice de leurs droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels et les conditions d'une vie digne et exempte de discrimination ne peuvent être qualifiées de mesures temporaires spéciales»⁽¹⁸⁸⁾. Ce qui précède sous-entendrait l'obligation, pour les États, d'adopter des mesures différenciées en faveur des femmes pour respecter l'interdiction de discrimination.

3.3.3. Action positive

La pratique des organismes de surveillance confirme généralement que l'interdiction de discrimination délimite les mesures d'action positive⁽¹⁸⁹⁾.

Si le PIDCP ne contient aucune disposition explicite sur ce point, le CDH accepte clairement la légitimité de l'action positive, étant donné qu'il met même en exergue une obligation d'adopter de telles mesures dans certaines circonstances, «visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination»⁽¹⁹⁰⁾. L'accent mis sur les mesures correctives implique que celles-ci doivent être de nature temporaire pour être proportionnées. La position du CDH dans *Jacobs contre Belgique* du 7 juillet 2004⁽¹⁹¹⁾ montre clairement que le Comité est relativement ouvert aux mesures d'action positive, puisqu'il souligne que ces mesures d'action positive visent la réalisation d'une égalité substantielle et qu'elles ne constituent donc pas une exception au principe de l'égalité⁽¹⁹²⁾. Ces opinions confirment en outre que le Comité des droits de l'homme estime que l'action positive et la non-discrimination sont intrinsèquement liées en ce sens que cette dernière délimite la nature justifiée d'une mesure d'action positive⁽¹⁹³⁾. Cela étant, le Comité semble avoir adopté une approche relativement permissive concernant une des mesures d'action positive les plus sensibles, à savoir l'utilisation de quotas⁽¹⁹⁴⁾. Ce constat peut être déduit de ses observations finales⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁸⁸⁾ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 25, paragraphe 19.

⁽¹⁸⁹⁾ Le niveau d'attention adopté pour l'examen est primordial, en particulier au regard des motifs suspects. Une différenciation fondée sur des motifs suspects tend à faire l'objet d'un examen plus attentif, ce qui semble inapproprié à une action positive, soucieuse d'égalité fondamentale. Voir également la note qui précède.

⁽¹⁹⁰⁾ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18, paragraphe 10. Voir également Joseph, S., Schultz, J., et Castan, M., «Cases, Materials and Commentary», p. 738. Sur ce point, il convient également de se référer aux observations générales nos 4 et 28 concernant l'article 3, car elles indiquent, respectivement au paragraphe 2 et au paragraphe 3, que le principe de non-discrimination dans les trois articles du pacte international relatif aux droits civils et politiques n'exige «pas seulement des mesures de protection, mais aussi une action constructive visant à assurer la jouissance positive des droits, ce qui ne peut être réalisé par la simple adoption de lois».

⁽¹⁹¹⁾ Comité des droits de l'homme, *Jacobs contre Belgique* (communication n° 943/2000, 7 juillet 2004).

⁽¹⁹²⁾ Comité des droits de l'homme, *Jacobs contre Belgique*, paragraphe 9.3: «Les États parties peuvent prendre des mesures afin que la loi garantisse aux femmes les droits reconnus à l'article 25 [du pacte international relatif aux droits civils et politiques] sur un pied d'égalité avec les hommes.»

⁽¹⁹³⁾ Comité des droits de l'homme, *Jacobs contre Belgique*, paragraphes 9.4 et 9.5.

⁽¹⁹⁴⁾ Comité des droits de l'homme, *Jacobs contre Belgique*, paragraphe 13.11.

⁽¹⁹⁵⁾ Dans ses observations finales pour l'Inde (1998), le Comité des droits de l'homme a explicitement accepté l'utilisation de quotas pour l'amélioration de la représentation des femmes et des personnes appartenant aux castes défavorisées.

La pratique de surveillance du Comité des droits économiques, sociaux et culturels révèle que non seulement celui-ci n'autorise les mesures d'action positive que dans la mesure où elles respectent le principe de non-discrimination ⁽¹⁹⁶⁾, mais aussi qu'il va jusqu'à les considérer comme obligatoires dans certaines circonstances. Dans sa recommandation générale de 2005 sur les femmes, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels souligne l'obligation d'adopter des mesures d'action positive («mesures spéciales temporaires») en vue de réaliser l'égalité substantielle et réelle. Malgré l'accent mis sur les femmes dans cette recommandation générale, ladite déclaration ne se limite pas aux questions de genre puisqu'elle affirme: «Il peut être nécessaire d'appliquer des mesures temporaires spéciales pour replacer concrètement des personnes ou des groupes défavorisés ou marginalisés au même niveau que les autres» ⁽¹⁹⁷⁾.

De même, son observation générale sur la discrimination contre les Roms met en exergue l'obligation de prendre des mesures spécifiques en faveur de ce groupe défavorisé. Dans le même temps, il apparaît toutefois clairement qu'il ne s'agit pas d'une obligation absolue de résultat, en ce sens que les États parties sont appelés à prendre des mesures en vue de réaliser l'«égalité des chances» (et non une égalité de résultat), notamment en ce qui concerne la participation à la vie publique. L'accent est donc mis une nouvelle fois sur les mesures temporaires.

Pour ce qui concerne la convention sur l'élimination de la discrimination raciale tout comme pour la CEDAW, il faut souligner que ces deux conventions, ainsi que la pratique de surveillance dans leurs domaines respectifs, sont ouvertes aux mesures d'action positive ⁽¹⁹⁸⁾, pour autant que celles-ci respectent l'interdiction de discrimination ⁽¹⁹⁹⁾. Les mesures permanentes s'en trouveraient donc exclues ⁽²⁰⁰⁾. Ces deux conventions, ainsi que la pratique développée par leurs organismes de surveillance respectifs, intègrent l'action positive dans la mesure où elles la rendent obligatoire dans certaines circonstances. Alors que cette obligation est explicitement inscrite dans le paragraphe 2 de l'article 2 de la CIERD, la pratique du Comité de la CEDAW semble indiquer que l'adoption de telles mesures pourrait être également obligatoire au titre de cette convention s'il peut être démontré que ces mesures sont nécessaires et appropriées pour accélérer la réalisation de l'objectif global ou spécifique de l'égalité substantielle ou de fait en faveur des femmes ⁽²⁰¹⁾.

En ce qui concerne l'évaluation de l'utilisation des quotas, la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale n'est guère plus claire ⁽²⁰²⁾, alors que le Comité de la CEDAW semble adopter une approche particulièrement permissive à cet égard. Dans ses observations finales, le Comité a ainsi souvent recommandé des mesures d'action positive ⁽²⁰³⁾, allant même jusqu'à préconiser l'utilisation de quotas pour réaliser l'égalité entre les hommes et les femmes dans les organismes publics ⁽²⁰⁴⁾. Le Comité qualifie explicitement l'action positive à la fois d'exception au

⁽¹⁹⁶⁾ CESCR, recommandation générale n° 5, «Mesures temporaires spéciales», paragraphe 32.

⁽¹⁹⁷⁾ CESCR, recommandation générale n° 16, paragraphe 15.

⁽¹⁹⁸⁾ Swiebel, J., «What could the EU learn from the CEDAW convention?», in Boerefijn, I., e.a. (éd.), *Temporary Special Measures* (Antwerpen, 2003), p. 52.

⁽¹⁹⁹⁾ Thornberry, P., «Confronting Racial Discrimination», p. 256; Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 265.

⁽²⁰⁰⁾ CERD, recommandation générale n° 16, paragraphe 15. Voir aussi Schöpp-Schilling, H. B., «Reflections on a General Recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», in Boerefijn, I., e.a. (éd.), *Temporary Special Measures* (Antwerpen, 2003), p. 28.

⁽²⁰¹⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C), recommandation générale n° 25, paragraphe 24.

⁽²⁰²⁾ Boyle, K., et Baldaccini, A., «A Critical Evaluation of Human Rights Approaches to Cases of Racism», in Fredman, S. (éd.), *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism* (Oxford, 2001), p. 157.

⁽²⁰³⁾ Pour un aperçu plus détaillé des instances où le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a lancé un appel aux États afin qu'ils adoptent des mesures d'action positive, voir Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 267-271.

⁽²⁰⁴⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C), observation générale n° 23, paragraphe 29.

principe de l'égalité, mais aussi d'application de ce principe ⁽²⁰⁵⁾. Il encourage donc clairement l'égalité de résultat, et non la seule égalité des chances. À cet égard, il est révélateur de constater que, dans son observation générale n° 23, le Comité semble considérer l'égalité de résultat comme le corollaire logique de l'égalité substantielle ⁽²⁰⁶⁾.

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas adopté de position claire et explicite en la matière, car elle n'a eu à se prononcer que deux fois sur les mesures d'action positive. En outre, aucune de ces deux affaires ne concernait des mesures sévères d'accès à l'emploi. Dans ces deux cas, les mesures concernées avaient trait à un traitement avantageant des femmes au détriment des hommes. Dans *Petrovic contre Autriche* ⁽²⁰⁷⁾, un congé parental n'avait été octroyé qu'aux femmes et, dans *Van Raalte contre Pays-Bas* ⁽²⁰⁸⁾, seules les femmes âgées de plus de 45 ans pouvaient être exemptées d'une cotisation liée à l'octroi des allocations familiales. Alors que la Cour semblait encline à adopter un contrôle particulièrement strict à l'égard de ces mesures d'action positive désavantageant les femmes, elle a modulé son point de vue dans l'affaire *Petrovic* faute de norme européenne commune concernant l'octroi de congé parental ⁽²⁰⁹⁾. Dans l'arrêt plus récent *Stec e.a. contre Royaume-Uni*, concernant des droits différenciés aux prestations de la sécurité sociale liés à un âge de la retraite différent pour les hommes et pour les femmes, la Cour a explicitement avancé qu'en raison de l'âge différent de la pension de l'homme et de la femme, «l'article 14 n'interdit pas à un État membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des "inégalités factuelles" entre eux; de fait, dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut, en soi, emporter violation de la disposition en cause [...]. À l'origine [...], la différence établie entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal du départ à la retraite visait à corriger des "inégalités factuelles" [...]». L'on peut donc considérer qu'elle était objectivement justifiée au regard de l'article 14 de la convention ⁽²¹⁰⁾. Dès lors, il est permis de soutenir que la Cour semble non seulement reconnaître que ces mesures d'action positive présentent un lien avec l'égalité substantielle, tout en reconnaissant que la non-discrimination détermine les limites de ces mesures, mais qu'elle laisse aussi entendre une obligation d'adopter de telles mesures d'action positive ⁽²¹¹⁾. Reste à voir, cependant, dans quelle mesure la Cour se montrera «conciliante» en ce qui concerne les formes sévères d'action positive ⁽²¹²⁾.

Le Comité européen des droits sociaux a en tout cas déduit de cette interdiction de discrimination une obligation d'adopter des mesures d'action positive en vue de réaliser une égalité réelle et effective ⁽²¹³⁾.

Il est donc permis de conclure qu'en ce qui concerne l'action positive, les organes de surveillance ont fait preuve d'attitudes et d'approches assez divergentes. La position des organes de supervision habilités à rendre des jugements légalement contraignants est sans doute plus prudente et restreinte que celle des autres organismes.

⁽²⁰⁵⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C), recommandation générale n° 25, paragraphe 14.

⁽²⁰⁶⁾ Schöpp-Schilling, H. B., «Reflections on a General Recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», p. 27.

⁽²⁰⁷⁾ CEDH, *Petrovic contre Autriche* (27 mars 1989).

⁽²⁰⁸⁾ CEDH, *Van Raalte contre Pays-Bas* (21 février 1997).

⁽²⁰⁹⁾ Gerards, J. H., «Rechterlijke Toetsing aan het Gelijkheidsbeginsel», p. 210.

⁽²¹⁰⁾ CEDH, *Stec e.a. contre Royaume-Uni* (12 avril 2006), paragraphes 51 et 61.

⁽²¹¹⁾ Il convient de souligner que la Cour, en affirmant cela, a fait explicitement référence au motif qu'elle avait exposé dans l'affaire *Thlimmenos* (paragraphe 44).

⁽²¹²⁾ Voir également Hendriks, A., et Wegman, F., «Straatsburg ziet onderscheid naar geslacht bij pensioenen door de vingers»: noot bij EHRM, *Stec e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, 31 NJCM Bulletin 2006, p. 892.

⁽²¹³⁾ Comité européen des droits sociaux, conclusions XVI-1, p. 125-129 (du texte anglais); conclusions XVI-1, vol. 2 (Norvège), p. 485-487 (du texte anglais).

3.3.4. Obligation de promouvoir l'égalité: obligations positives

La pratique de supervision du Comité des droits économiques, sociaux et culturels intègre clairement une dimension d'égalité substantielle lorsqu'il indique que l'obligation imposée aux États de faciliter l'interdiction de discrimination exigerait de leur part des mesures visant à réaliser l'égalité des chances. Notons plus spécifiquement que le Comité a mis en exergue l'obligation d'assurer l'égalité des chances en faveur des minorités, y compris celle des Roms, dans plusieurs domaines, mais surtout dans les domaines de l'emploi, du logement, de la santé et de l'éducation ⁽²¹⁴⁾. Dans le même ordre d'idée, le Comité insiste, dans ses observations finales, sur la nécessité pour le Japon de «prendre les mesures nécessaires pour combattre les formes de discrimination de jure et de facto à l'égard de toutes les minorités» ⁽²¹⁵⁾.

Aux termes de la CIERD, de la CEDAW et du PIDCP, les obligations proactives des États identifiées concernent essentiellement l'action positive, tandis que la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale et de la CEDAW a également mis en avant cette obligation positive d'adopter des mesures spéciales, qui découle de l'interdiction de discrimination. Le CERD a, en fait, appelé instamment et spécifiquement les États à adopter des mesures «spéciales» plus durables en faveur des minorités, de façon à protéger leur propre identité ⁽²¹⁶⁾. Il est par ailleurs remarquable que plusieurs recommandations générales du CERD se concentrent sur des types spécifiques de groupes minoritaires, plus spécialement des peuples indigènes, les Roms et les groupes victimes de la discrimination fondée sur l'ascendance. Ces diverses recommandations mettent en exergue — plus ou moins positivement — les obligations positives multiples des États dans le domaine de la protection et de la promotion du droit de ces groupes à l'identité, y compris l'adoption de mesures spéciales à cet égard. Le CERD appelle même explicitement les États à s'assurer que ces communautés peuvent exercer leurs droits de pratiquer et de revitaliser leur propre culture et de préserver et pratiquer leur langue, qu'elles peuvent bénéficier d'un niveau approprié de participation politique (y compris la représentation dans les forces de police et les agences chargées de la répression) et parfois même à leur garantir également une éducation dans leur langue maternelle ou un enseignement bilingue ou multiculturel (ce qui implique l'utilisation de manuels adaptés) ⁽²¹⁷⁾.

La pratique du Comité des droits de l'enfant insistant également sur cette obligation d'adopter des mesures spéciales en faveur des membres de ces groupes minoritaires pour leur garantir l'exercice de leurs droits fondamentaux ⁽²¹⁸⁾, elle confirme l'approche axée sur la réalisation de l'égalité substantielle des organismes d'application des traités des Nations unies.

À cet égard, il convient de mentionner une obligation positive particulière, qui se rapporte à la lutte contre la discrimination commise par des acteurs privés. Le texte de la CIERD stipule déjà clairement l'existence d'une telle obligation positive, plus spécifiquement dans son article 2, paragraphe 1, point d). Cette disposition impose en effet à chaque État partie d'interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et d'y mettre fin, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures

⁽²¹⁴⁾ Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 234.

⁽²¹⁵⁾ CESCR, observations finales: Japon, 2001, paragraphe 40. De même, le Comité a exprimé le besoin d'œuvrer pour l'égalité des chances dans ses observations finales pour le Royaume-Uni (2001, paragraphe 31) et pour le Brésil (2003, paragraphe 44).

⁽²¹⁶⁾ CERD, recommandation générale n° 21: «Droit à l'autodétermination», paragraphe 5. Voir également: CERD, observations finales: Équateur, 2003, paragraphe 11. Voir également CERD, observations finales: Fédération de Russie, 2003, paragraphe 27.

⁽²¹⁷⁾ CERD, recommandation générale n° 23 relative aux populations autochtones, paragraphe 4, points a) et e); CERD, recommandation générale n° 27, «Discrimination à l'égard des Roms», paragraphes 15, 18, 26, 28, 29 et 41; recommandation générale n° 29, «La discrimination fondée sur l'ascendance», paragraphes 6, 24, 27, 28, 36 et 48.

⁽²¹⁸⁾ Comité des droits de l'enfant, observations finales: Bangladesh, 2003, paragraphe 79; observations finales: Israël, 2002, paragraphe 55.

législatives ⁽²¹⁹⁾. Cette obligation pourrait être renforcée, notamment par les dispositions des articles 4 et 5 (en rapport avec l'emploi et le logement). Toutefois, elle ne semble pas être très précise (ni d'une grande portée) ⁽²²⁰⁾.

D'aucuns ont fait remarquer que, malgré son acceptation du principe des obligations positives des États à cet égard, le CDH semble être bien plus réticent à mentionner systématiquement l'obligation des États d'assurer une protection contre les discriminations du fait de tiers, alors que, dans ses observations finales, le Comité des droits économiques, sociaux et politiques a accordé une réelle attention à la discrimination commise par des acteurs privés ⁽²²¹⁾.

Le Comité des droits économiques, sociaux et politiques reconnaît clairement qu'il y aurait, pour les États, une obligation d'assurer une protection contre la discrimination pratiquée par des acteurs privés, notamment en ce qui concerne la discrimination fondée sur la race (et le genre) ⁽²²²⁾. Dans le même ordre d'idée, le Comité a souligné la nécessité de prendre des mesures législatives, notamment pour protéger les Roms ⁽²²³⁾ et pour pénaliser certaines formes de discrimination raciale ⁽²²⁴⁾. Aucune autre indication ne permet toutefois de clarifier la portée possible de cette obligation positive.

En ce qui concerne la CEDH et sa jurisprudence, aucun élément n'explique réellement si (et dans quelle mesure) les États peuvent être tenus, aux termes d'une obligation positive, d'éradiquer les formes de discrimination relevant de la sphère privée. Ce manque de précision contraste avec l'identification d'obligations positives, pour les États, d'assurer le respect d'autres droits (substantiels) dans les relations avec les parties privées ⁽²²⁵⁾. Notons ici le lien avec la marge d'appréciation relativement large accordée aux États en ce qui concerne l'interdiction de discrimination ⁽²²⁶⁾.

Malgré la formulation «sera assurée» utilisée dans le protocole n° 12, qui suggère des obligations positives de grande envergure pour les États, le rapport explicatif du protocole souligne que ladite formulation n'entendait pas imposer une obligation positive générale ⁽²²⁷⁾. Néanmoins, de telles obligations positives pourraient naître dans certaines circonstances puisque «le fait, pour un État, de ne pas assurer de protection contre la discrimination dans la sphère des relations privées pourrait être à ce point grave et manifeste que sa responsabilité pourrait s'en trouver clairement engagée» ⁽²²⁸⁾. Il serait dès lors intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence, pour voir quelle sera la limite fixée par la CEDH.

⁽²¹⁹⁾ Fredman, S., introduction, p. 192 et 193; Thornberry, P., «Confronting Racial Discrimination», p. 251.

⁽²²⁰⁾ Voir aussi les observations finales du Comité des droits de l'enfant dans lesquelles il a adopté la position selon laquelle les États ont l'obligation de proscrire la discrimination raciale par des particuliers en matière d'éducation et d'emploi. Cette doctrine n'est pas aussi élaborée que dans la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, et il est peu probable qu'elle soit rigoureusement assortie d'une obligation de résultat.

⁽²²¹⁾ Vandenhole, W., *Non-Discrimination and Equality in the view of the UN Human Rights Treaty Bodies*, p. 217.

⁽²²²⁾ Voir notamment CESCR, observations finales: Croatie (UN Doc. E/C.12/1/Add.73), paragraphe 9.

⁽²²³⁾ CESCR, observations finales: Chine (UN Doc. E/C.12/1/Add.58), paragraphe 30.

⁽²²⁴⁾ Voir notamment CESCR, observations finales: Belgique (UN Doc. E/C.12/1/Add.54), paragraphe 21.

⁽²²⁵⁾ On trouvera une vaste discussion dans Mowbray, A. R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart, Oxford, 2004).

⁽²²⁶⁾ Comme Goedertier le fait remarquer, relativement aux motifs de discrimination considérés comme «suspects», il n'est pas exclu que, dans le futur, la Cour identifie effectivement des obligations positives selon lesquelles les États seront tenus d'éradiquer la discrimination fondée sur ces motifs, également dans la sphère privée [«Verbod van discriminatie», Vande Lanotte, J., et Haeck, Y. (éd.), *Handboek EVRM: Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar* (Intersentia, Antwerpen, 2004), p. 146-148].

⁽²²⁷⁾ Rapport explicatif du protocole n° 12, point 24.

⁽²²⁸⁾ Rapport explicatif du protocole n° 12, point 26.

3.4. Les dispositions relatives à l'égalité dans les instruments spécifiquement axés sur la protection des minorités

La partie précédente a donné un aperçu succinct du type de droits spécifiques en faveur des minorités que l'on peut retrouver dans les instruments spécifiques à la protection des minorités (ou des dispositions distinctes desdits instruments). L'accent est mis ici sur les dispositions relatives à l'égalité desdits instruments et, plus spécifiquement, celles des paragraphes 31 et 33.2 du document de Copenhague de l'OSCE, de l'article 4 de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales ⁽²²⁹⁾, ainsi que des articles 2, paragraphe 1, 3, 4, paragraphe 1, et 8, paragraphe 3, de la déclaration des Nations unies sur les minorités (déjà citée).

En l'absence de mécanisme de surveillance approprié pour la déclaration des Nations unies et le document de Copenhague, il n'existe pas, à proprement parler, de pratique de surveillance sur laquelle il est possible de se fonder. Toutefois, d'autres documents concernant ces instruments ont été élaborés, et ceux-ci nous éclairent sur leur signification et leurs implications. Dans la mesure où le groupe de travail des Nations unies sur les minorités a été mis en place par l'Ecosoc dans le but, notamment, de promouvoir les droits contenus dans la déclaration, le commentaire sur la déclaration des minorités des Nations unies ⁽²³⁰⁾, qui a été finalisé dans ce corpus, a certainement une certaine autorité de facto.

Même s'il n'a pas le rôle d'un mécanisme de surveillance ⁽²³¹⁾, le Haut Commissaire pour les minorités nationales, mis en place dans le cadre de l'OSCE, a néanmoins adopté plusieurs recommandations sur des thèmes récurrents auxquels il a été confronté dans le cadre de ses activités ⁽²³²⁾. Les notes explicatives jointes à ces recommandations, élaborées par des experts indépendants, font généralement référence à un matériel «source» pertinent, dont fait précisément partie le document de Copenhague. Ces références fournissent généralement d'autres clarifications quant au contenu réel des paragraphes dudit document ⁽²³³⁾.

Le mécanisme de surveillance mis en place pour la convention-cadre ne prévoit pas de procédure de traitement des plaintes et se limite à une procédure de *reporting* périodique ⁽²³⁴⁾. L'importance de ladite procédure ne doit cependant pas être sous-estimée, et ce pour différentes raisons, l'une étant que l'étude des opinions formulées par son Comité consultatif, et généralement confirmées par le Comité des ministres ⁽²³⁵⁾, fait clairement apparaître certaines tendances qui explicitent la formulation généralement vague du texte de la convention-cadre ⁽²³⁶⁾.

⁽²²⁹⁾ Il convient de mentionner également l'article 6, paragraphe 2, de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales, car il comporte une obligation positive de protéger contre les menaces ou les actes de discrimination les personnes appartenant à des minorités. On peut y voir un lien étroit avec l'article 4, paragraphe 1, lequel oblige les États à interdire toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale.

⁽²³⁰⁾ E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2.

⁽²³¹⁾ Letschert, R. M., *The Impact of Minority Rights Mechanisms* (TMC Asser, Den Haag, 2005), p. 53.

⁽²³²⁾ Voir également plus haut.

⁽²³³⁾ Voir également: Letschert, R. M., *The Impact of Minority Rights Mechanisms*, p. 73 et 74.

⁽²³⁴⁾ Articles 24 à 26 de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales.

⁽²³⁵⁾ Voir notamment AC/FCNM (Comité consultatif de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales), troisième rapport d'activité couvrant la période allant du 1^{er} novembre 2000 au 31 mai 2002, ACFC/INF(2002), p. 1 et 7.

⁽²³⁶⁾ Voir notamment Letschert, R. M., *The Impact of Minority Rights Mechanisms*, p. 175.

3.4.1. Portée de l'interdiction de discrimination

La portée de l'interdiction de discrimination dans les instruments de protection des minorités est aussi vaste que possible, en ce sens qu'elle n'est pas limitée en termes de compétences et qu'elle est par nature non accessoire ⁽²³⁷⁾. Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, les thèmes présentant une pertinence particulière pour les minorités sont tous (dans une certaine mesure) intégrés dans les instruments spécifiques, tant en ce qui concerne le droit à l'identité qu'en ce qui concerne l'accent mis sur l'égalité substantielle. Ainsi que nous le développerons ci-après, les obligations positives imposées aux États s'étendent également à la sphère privée.

Il serait néanmoins encore intéressant d'analyser plus attentivement les dispositions relatives à l'égalité, notamment en ce qui concerne le lien entre les mesures spéciales et la pleine égalité, et le rôle, à cet égard, de l'interdiction de discrimination.

3.4.2. Ouverture vers l'égalité substantielle

Étant donné que l'objectif d'égalité substantielle revêt une importance capitale pour la protection des minorités, nul ne s'étonnera que les instruments spécifiques à leur protection soient dominés par des considérations en rapport avec l'égalité substantielle.

Il convient de souligner le fait que l'article 4 de la convention-cadre contient, outre l'interdiction de discrimination stipulée dans son paragraphe 1, l'obligation (au paragraphe 2) d'adopter des mesures «spéciales» de différenciation, visant à réaliser l'égalité substantielle, réelle ou la pleine égalité.

La convention-cadre visant au départ à traduire les engagements politiques de l'OSCE envers les minorités en normes légalement contraignantes, il n'est pas étonnant de retrouver une formulation similaire dans le document de Copenhague de l'OSCE ⁽²³⁸⁾. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 4 de la déclaration des Nations unies sur les minorités indique-t-il que les États ont d'importantes obligations positives concernant l'adoption de mesures spéciales pour que les personnes appartenant à des minorités puissent exercer, intégralement et effectivement, tous les droits de l'homme.

Contrairement à la CIERD et à la CEDAW, les mesures «spéciales» évoquées dans les instruments spécifiques aux minorités ne sont pas nécessairement temporaires, en ce sens qu'elles s'imposent aussi longtemps qu'elles seront nécessaires pour réaliser la pleine égalité. En d'autres termes, l'accent n'est pas mis ici exclusivement sur les mesures visant à compenser des désavantages historiques, de sorte que des mesures «institutionnalisées» pourraient aussi être envisagées. Soulignons cependant que l'obligation d'adopter des mesures «spéciales»

⁽²³⁷⁾ Sur ce point, il convient également de faire observer que si le Comité consultatif a souvent lié l'article 4 à d'autres dispositions de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales, il ressort cependant tout à fait clairement de la formulation de cet article qu'il s'agit d'un droit à la non-discrimination qui doit être considéré comme de caractère général et non accessoire. Voir aussi: Hofmann, R., *The Added Value and Essential Role of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, DH-MIN(2006)018prov, p. 12.

⁽²³⁸⁾ Le paragraphe 31 du document de Copenhague fait référence à l'interdiction de discrimination ainsi qu'à la pleine égalité devant la loi. Il identifie aussi une obligation d'adopter «s'il y a lieu, des mesures particulières ayant pour but de garantir aux personnes appartenant à des minorités nationales la pleine égalité [...]». Une référence à ce paragraphe est faite explicitement dans la note explicative concernant les lignes directrices sur l'utilisation de langues minoritaires dans les médias de radiodiffusion (2003), en particulier la 4^e ligne directrice relative à l'égalité et à la non-discrimination (qui suit de près la formulation du paragraphe 31). Voir aussi la note explicative relative aux recommandations de La Haye concernant les droits des minorités nationales à l'éducation, en particulier la recommandation n° 4 portant sur l'obligation d'adopter des mesures spéciales pour réaliser le droit à l'apprentissage des langues des minorités.

prévues dans les instruments spécifiques aux minorités n'est pas considérée comme une dimension de l'interdiction de discrimination, mais plutôt comme un principe «additionnel»⁽²³⁹⁾.

Le paragraphe 3 de l'article 4 de la convention-cadre poursuit en affirmant que les mesures adoptées conformément au paragraphe 2 ne sont pas considérées comme un acte de discrimination. Cette disposition ne semble pas aller dans le sens des critères généralement admis pour distinguer une différenciation légitime d'une discrimination, étant donné qu'elle semble uniquement exiger un certain objectif légitime (pleine égalité) sans aucune référence spécifique à la proportionnalité. Toutefois, le rapport explicatif de la convention «ajoute» que ces mesures «spéciales» doivent être «appropriées», c'est-à-dire conformes au principe de proportionnalité, de façon à ne pas violer l'interdiction de discrimination⁽²⁴⁰⁾.

Le texte de la déclaration des Nations unies sur les minorités est en soi plus précis, étant donné qu'il ajoute que les mesures spéciales requises afin de garantir la jouissance effective des droits de l'homme (des minorités) en parfaite égalité devant la loi⁽²⁴¹⁾ «ne doivent pas, a priori, être considérées comme contraires au principe de l'égalité»⁽²⁴²⁾.

Le commentaire de la déclaration des Nations unies sur les minorités précise à ce propos qu'il est essentiel «que de telles mesures n'aillent pas au-delà de ce qui est raisonnable au vu des circonstances, et soient proportionnées à l'objectif visé»⁽²⁴³⁾. Le document de Copenhague de l'OSCE souligne également que les mesures spéciales adoptées en faveur des minorités ne doivent pas violer l'interdiction de discrimination⁽²⁴⁴⁾.

La pratique de surveillance du Comité consultatif (CCPMN) confirme cet accent mis sur l'égalité substantielle, qui implique de vastes obligations positives, pour les États, en vue de la réalisation de l'égalité substantielle. Les opinions du Comité soulignent également que la pleine égalité, l'égalité réelle ou substantielle, exige l'adoption et la mise en œuvre de mesures spéciales en faveur des personnes appartenant à des minorités nationales. Ainsi, dans son avis sur l'Autriche, le Comité consultatif a-t-il souligné qu'un nombre considérable de mesures déterminées doivent être prises par les autorités compétentes, même pour les groupes très restreints⁽²⁴⁵⁾. Conformément à la pratique suivie pour diverses conventions dans le domaine des droits de l'homme, ces obligations positives s'étendent aussi à la sphère privée. Le Comité consultatif a en effet appelé à maintes reprises les États parties à s'assurer que les acteurs privés ne peuvent appliquer des pratiques discriminatoires à l'encontre des minorités nationales⁽²⁴⁶⁾.

Le commentaire de la déclaration des Nations unies sur les minorités a lui aussi souligné que le droit des personnes appartenant aux minorités de jouir de leurs droits sans aucune forme de discrimination (article 2, paragraphe 1) signifie «que l'État ne doit pas seulement s'abstenir de toute ingérence ou discrimination. Il doit aussi veiller à ce que les personnes et les organisations de la société au sens large ne se rendent pas coupables d'ingérences ou de discriminations».

Dans l'ensemble, le raisonnement du Comité consultatif (CCPMN) n'est pas très technique, en ce sens qu'il ne fait pas référence à des niveaux de contrôle et qu'il ne qualifie pas certaines pratiques de discrimination indirecte

⁽²³⁹⁾ Voir aussi Alfredsson, G., «Article 4», in Weller, M. (éd.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (Cambridge, 2005), p. 145 et 146.

⁽²⁴⁰⁾ *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et rapport explicatif* (Presses du Conseil de l'Europe, 1995), paragraphe 9.

⁽²⁴¹⁾ Déclaration des Nations unies sur les minorités, article 4, paragraphe 1.

⁽²⁴²⁾ Déclaration des Nations unies sur les minorités, article 8, paragraphe 3.

⁽²⁴³⁾ Commentaire de la déclaration des Nations unies sur les minorités, paragraphe 83. Voir aussi l'article 4, paragraphe 1, de la déclaration et le paragraphe 55 du commentaire.

⁽²⁴⁴⁾ Document de Copenhague, paragraphe 33.2.

⁽²⁴⁵⁾ Comité consultatif, avis sur l'Autriche (I), paragraphe 82.

⁽²⁴⁶⁾ Voir plus haut le texte accompagnant la note 23.

(potentielle). Cependant, des raisonnements plus techniques sont parfois utilisés. Dans son avis sur la Slovaquie, le Comité consultatif a ainsi soulevé deux points importants. Tout d’abord, il a établi clairement que «des mesures spéciales sont non seulement légitimes, mais qu’elles peuvent même être requises dans certaines circonstances afin de promouvoir une égalité pleine et effective en faveur des personnes appartenant à des minorités nationales» ⁽²⁴⁷⁾. Deuxièmement, et, sur ce point, le Comité consultatif utilise ici les critères classiques permettant de mettre en évidence une discrimination interdite, il a fait également remarquer que si ces mesures sont en conformité avec le principe de proportionnalité, elles ne peuvent être considérées comme discriminatoires ⁽²⁴⁸⁾. Cet accent mis sur le principe de proportionnalité pour délimiter les mesures «spéciales» acceptables est en fait un élément constant dans la pratique du Comité consultatif, qui s’aligne sur la vision générale de la relation entre les mesures spéciales en faveur des minorités et l’interdiction de discrimination ⁽²⁴⁹⁾. Le principe de la proportionnalité s’étend simultanément à la période durant laquelle ces mesures positives peuvent être appliquées ainsi qu’à leur champ d’application matériel.

Avant de clore le présent chapitre, rappelons que les mesures «spéciales» envisagées au titre de la convention-cadre, de la déclaration des Nations unies et du document de Copenhague ne sont pas nécessairement temporaires, puisqu’elles ne visent pas uniquement à remédier à des désavantages historiques. Par conséquent, ces mesures pourraient également inclure des mesures «institutionnalisées» ⁽²⁵⁰⁾ et d’autres types de mesures «durables» ⁽²⁵¹⁾. En effet, ces mesures non temporaires doivent rester en place aussi longtemps qu’elles seront nécessaires pour réaliser l’égalité entière et effective.

⁽²⁴⁷⁾ Comité consultatif, avis sur la Slovaquie (II), ACFC/OP/II(2005)004, paragraphe 38.

⁽²⁴⁸⁾ Idem.

⁽²⁴⁹⁾ Voir, par exemple, le paragraphe 18 du premier avis sur l’Italie, où il est expressément stipulé que les dispositions légales applicables dans le Trentin - Haut-Adige (Tyrol), et qui constituent de telles mesures positives, «ne sont pas définitivement figées mais sont au contraire de nature à évoluer avec le temps».

⁽²⁵⁰⁾ Voir notamment Comité consultatif, avis sur la Bulgarie (I), ACFC/OP/I(2006)001, paragraphe 45, dans lequel le Comité consultatif prie l’État de donner davantage de soutien pour le rétablissement d’établissements culturels traditionnels et pour la multiplication des centres culturels turcs ou roms.

⁽²⁵¹⁾ Malheureusement, le commentaire de la déclaration des Nations unies ne fait référence qu’aux mesures correctives (et donc provisoires) du paragraphe 55 (en relation avec l’article 4, paragraphe 1). Le paragraphe 34 du commentaire relève des obligations positives (d’adoption de mesures spéciales) qui ne sont pas correctives, et qui, par conséquent, ne sont pas nécessairement provisoires.



Domenico | 1987

Chapitre 4

Rapports nationaux ⁽²⁵²⁾

⁽²⁵²⁾ Ce résumé est basé sur des informations tirées des rapports nationaux de 2005 fournis par le réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux relativement aux articles 20 à 22 de la charte de l'Union européenne et des rapports annuels 2005 du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination (dénommé ci-après «experts juridiques») ainsi que sur les informations fournies par ce réseau.

Le présent chapitre ne se concentre pas sur des pays particuliers, mais plutôt sur certains thèmes (points focaux) qui peuvent être mis en rapport avec les thèmes de non-discrimination identifiés dans le chapitre 1 comme présentant un intérêt particulier pour la protection des minorités. Cette approche a été préférée à la sélection d'une série de pays, étant donné que certains ont adopté des points de vue intéressants ou remarquables par rapport à l'un de ces thèmes, mais pas nécessairement par rapport aux autres.

Le présent chapitre se compose de deux parties. La première documente une série de textes législatifs nationaux tandis que la seconde se concentre sur des jugements particulièrement pertinents. Dans chaque partie, divers aspects en rapport avec la portée de l'interdiction de discrimination et l'ouverture vers la dimension de l'égalité substantielle seront abordés.

4.1. Textes législatifs

4.1.1. Portée de l'interdiction de discrimination ⁽²⁵³⁾

Dans la mesure où la directive sur l'égalité raciale ne propose pas de définition du concept de «race», il faut saluer le fait que certains pays utilisent (intègrent) la définition générale de l'article 1 de la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, y compris la couleur, l'ascendance et la race ou l'origine ethnique ⁽²⁵⁴⁾.

Si d'aucuns ont suggéré d'examiner la jurisprudence britannique étendue sur le sens de l'expression «groupe ethnique», il reste à s'interroger sur l'opportunité d'un tel procédé, en raison des distinctions problématiques qui apparaissent — les juifs et les gitans étant considérés comme des groupes ethniques, contrairement aux musulmans et aux rastafaris ⁽²⁵⁵⁾.

La vision plus «culturelle» de la discrimination raciale et ethnique dans le système juridique autrichien ⁽²⁵⁶⁾ s'aligne sans doute sur le considérant 6 de la directive sur l'égalité raciale qui rejette l'existence, légalement fondée, de races distinctes.

Ainsi que nous l'avons souligné dans le chapitre 2, il apparaît positif que l'exclusion des différenciations fondées sur la nationalité du champ d'application de la directive sur l'égalité raciale (et sa législation de mise en œuvre) doive être définie de manière très rigoureuse, en raison du risque qu'une catégorie importante de discrimination indirecte basée sur la race «échappe» au contrôle. Divers pays reconnaissent et tiennent heureusement compte de

⁽²⁵³⁾ Bien que cette question n'ait pas été explicitement adoptée comme question de «portée», il est cependant judicieux, pour l'efficacité de la protection contre la discrimination, que les législations nationales donnent de la discrimination directe et de la discrimination indirecte des définitions qui ne soient pas rédigées de façon à permettre plus d'exceptions que celles qui sont prévues par la directive sur l'égalité raciale. La définition que donne la législation polonaise pour «discrimination indirecte» [*Poland Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport polonais), p. 12] et celle que l'on trouve pour «discrimination directe» dans la législation fédérale belge (loi du 25 février 2003, article 2, paragraphe 2), qui prévoit, de manière générale, qu'il puisse y avoir une justification à ce propos [*Belgium Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport belge), p. 20 et 21], sont des contre-exemples.

⁽²⁵⁴⁾ Experts juridiques, *Denmark Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination), 2005, p. 15.

⁽²⁵⁵⁾ Experts juridiques, *United Kingdom Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport britannique), 2005, p. 8.

⁽²⁵⁶⁾ Experts juridiques, *Austria Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport autrichien), 2005, p. 7.

ce risque. En ce qui concerne la législation danoise, les experts soulignent que la loi sur l'égalité ethnique ne couvre pas les inégalités de traitement fondées sur la non-citoyenneté, malgré la précision apportée immédiatement après, qui indique que «la discrimination sur le marché du travail fondée sur la non-citoyenneté ne doit pas refléter indirectement la discrimination liée, par exemple, à l'origine raciale ⁽²⁵⁷⁾ (qui est couverte par la définition de la discrimination de la CIERD, intégrée dans la législation danoise). Cette précision est également subtilement formulée dans le rapport autrichien, qui souligne que la question de la protection contre la discrimination fondée sur la nationalité ou la citoyenneté est essentielle au vu du contexte autrichien, étant donné que le discours raciste n'emploie pas des termes comme l'origine raciale ou ethnique, mais considère comme boucs émissaires et ennemis de l'État les «étrangers», les «demandeurs d'asile» et les «clandestins» ⁽²⁵⁸⁾. Alors que la loi sur l'égalité de traitement reprend une disposition qui s'aligne sur le paragraphe 2 de l'article 3 de la directive sur l'égalité raciale, les notes explicatives de la loi soulignent que cette exception ne peut pas être utilisée pour légitimer des discriminations fondées sur les motifs couverts par cette loi. L'interdiction de discrimination protège également les ressortissants de pays tiers. Force est de constater qu'il faut encore attendre le développement d'une jurisprudence et des interprétations des tribunaux pour clarifier le niveau réel de protection contre la discrimination raciale indirecte ⁽²⁵⁹⁾. La position reprise dans la législation finlandaise est finalement celle qui se rapproche le plus de la recommandation générale n° 30 du CERD puisqu'elle interdit également la discrimination fondée sur la nationalité. Ce qui signifie que, dans la mesure où des différenciations fondées sur la nationalité ne sont pas proportionnées (et constituent donc une discrimination fondée sur la nationalité), elles constitueraient également une discrimination indirecte fondée sur la race ⁽²⁶⁰⁾.

Il convient aussi de souligner le fait que l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité revêt une importance particulière dans les pays où résident de nombreux non-ressortissants. Ce point a été explicitement mis en exergue par le Comité consultatif (CCPMN) lorsqu'il s'est penché sur le rapport national périodique estonien (s'agissant de son projet de législation sur l'égalité) ⁽²⁶¹⁾. À cet égard, l'observation thématique n° 3 du réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux souligne que, dans de telles circonstances, il ne peut être exclu que les conditions mêmes de l'octroi de la nationalité puissent constituer une discrimination indirecte fondée sur l'origine raciale ou ethnique ⁽²⁶²⁾.

En ce qui concerne la portée de l'interdiction de discrimination dans la sphère privée, il a été indiqué dans le chapitre 2 qu'il convenait à présent d'attendre que la CJCE se prononce sur l'interprétation correcte (minimale) de l'expression «les biens et services mis à la disposition du public». Afin de mettre fin à la discrimination raciale, il est bien sûr important que l'interprétation donnée s'étende autant que possible à la sphère privée (mais sans ingérence disproportionnée par rapport à la jouissance du droit au respect de la vie privée). À cet égard, il faut saluer le fait que certains pays n'ont justement établi aucune distinction entre les biens et les services à la disposition du public et les biens et les services qui sont du ressort de la sphère privée. C'est le cas de la Slovénie et de la France ⁽²⁶³⁾. De même, au Royaume-Uni, les réglementations sur les relations raciales ont éliminé la distinction faite initialement dans la loi sur les relations raciales entre la mise à disposition totalement privée de locaux et la

⁽²⁵⁷⁾ Experts juridiques, rapport danois, 2005, p. 21.

⁽²⁵⁸⁾ Experts juridiques, rapport autrichien, 2005, p. 21.

⁽²⁵⁹⁾ Ibid., p. 21 et 22.

⁽²⁶⁰⁾ Voir également CERD, recommandation générale n° 30 relative à la discrimination contre les non-ressortissants, paragraphe 4.

⁽²⁶¹⁾ Voir également réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, rapport estonien 2005, CFR-CDF/Rep[EE]2005, p. 33 [référence au deuxième avis du Comité consultatif pour l'Estonie de 2005, ACFC/OP/II(2005)001].

⁽²⁶²⁾ Réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, observation thématique n° 3, p. 21. Voir également CERD, recommandation générale n° 30 relative à la discrimination contre les non-ressortissants, paragraphe 15.

⁽²⁶³⁾ France, code pénal, article 255, paragraphe 2 [*French Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport français), p. 25]; *Slovenia Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport slovaque), point 3.2.9.

mise à disposition exigeant une annonce ou les services d'un agent immobilier, de sorte que toute forme d'accord contractuel entre deux personnes physiques est à présent couverte par l'interdiction de discrimination ⁽²⁶⁴⁾.

4.1.2. Ouverture vers l'égalité substantielle

Pour commencer, une remarque générale sur le système légal français s'impose. Il convient de souligner ici la conception formalistique étroite de l'égalité dans la tradition juridique française, qui ne cadre pas avec les tentatives visant à interpréter la non-discrimination dans le sens d'une ouverture vers l'égalité substantielle ou réelle ⁽²⁶⁵⁾. En ce qui concerne l'analyse de la jurisprudence de la CJCE sur l'action positive, qui fait l'objet du chapitre 2, les mesures moins rigides d'action positive visant à réaliser l'égalité des chances (telles que des aménagements particuliers en faveur de l'éducation et de la formation, assortis de mesures incitatives), autorisées par la législation britannique ⁽²⁶⁶⁾, satisferont sûrement à la norme requise. Et même si l'article 5 de la directive sur l'égalité raciale n'oblige pas les États membres à adopter des mesures d'action positive, il semble tout à fait excessif de limiter les possibilités offertes aux entreprises privées de prendre des mesures spéciales pour intégrer les groupes raciaux/minorités ethniques sur le marché du travail, comme c'est le cas au Danemark ⁽²⁶⁷⁾.

Les mesures spéciales adoptées au titre de la loi polonaise visent à réaliser la pleine égalité entre les membres des minorités nationales et le reste de la population. Elles ne se limitent pas aux mesures correctives mais englobent des mesures plus durables, telles que des subventions supplémentaires en faveur des écoles fréquentées par les minorités. Étant donné que ces mesures peuvent être considérées comme une forme d'action positive de nature plus préventive, envisagée aux termes de l'article 5 de la directive sur l'égalité raciale ⁽²⁶⁸⁾ — les subventions additionnelles étant censées compenser les frais d'exploitation plus élevés —, elles pourraient également être qualifiées de mesures de traitement différencié, liées à l'interdiction de toute discrimination indirecte.

Malgré le fait que la directive sur l'égalité raciale ne prévoit pas explicitement d'obligation positive de promouvoir l'égalité (par le biais de mesures spécifiques), plusieurs États membres ont néanmoins opté pour cette approche davantage proactive. Ainsi la loi antidiscrimination finlandaise oblige-t-elle toutes les autorités publiques à prendre des mesures en vue de favoriser l'égalité ⁽²⁶⁹⁾. La Constitution grecque impose, elle aussi, l'obligation d'adopter des mesures positives de promotion de l'égalité ⁽²⁷⁰⁾. Quant à la Constitution italienne, sa disposition interdisant la discrimination intègre un principe d'égalité substantielle, appelant ainsi le pays à adopter les mesures nécessaires pour réaliser l'égalité réelle dans la sphère économique et sociale ⁽²⁷¹⁾.

⁽²⁶⁴⁾ Experts juridiques, *United Kingdom Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport britannique), 2005, p. 30.

⁽²⁶⁵⁾ Experts juridiques, *French Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport français), 2005, p. 3.

⁽²⁶⁶⁾ Experts juridiques, *United Kingdom Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport britannique), 2005, p. 42.

⁽²⁶⁷⁾ Experts juridiques, *Denmark Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport danois), p. 34.

⁽²⁶⁸⁾ Experts juridiques, *Poland Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport polonais), p. 33.

⁽²⁶⁹⁾ Experts juridiques, *Finland Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport finlandais), p. 28.

⁽²⁷⁰⁾ Experts juridiques, *Greece Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport grec), 2005, p. 37-38.

⁽²⁷¹⁾ Experts juridiques, *Italy Country Report on Measures to Combat Discrimination* (Étude nationale sur les mesures visant à combattre la discrimination: rapport italien), 2005, points 1 et 5.

4.2. Jurisprudence

4.2.1. Portée de l'interdiction de discrimination

Face à l'importance d'une protection efficace des personnes issues des minorités contre la discrimination, il importe également que la discrimination potentielle (c'est-à-dire qui ne s'est pas encore véritablement produite) soit couverte par ladite interdiction. À cet égard, l'exemple de la Belgique est à retenir. Les tribunaux admettent que les déclarations de nature discriminatoire prononcées en public par des employeurs peuvent constituer un cas de discrimination, même si aucune personne n'a eu à souffrir d'une pratique ou politique discriminatoire avérée ⁽²⁷²⁾.

Il a été souligné dans le chapitre 2 que certains traitements différenciés, motivés par la langue employée, pourraient être qualifiés de discrimination raciale indirecte. Les minorités linguistiques seraient les premières concernées par un tel cas de figure. De plus, un certain nombre d'exemples viennent étayer cette probabilité. Ainsi, dans un jugement rendu en octobre 2005, un tribunal du travail suédois — qui n'avait pas pu mettre en évidence un cas de discrimination raciale indirecte sur la base des faits — a reconnu que des exigences linguistiques pour l'octroi d'un poste pourraient constituer une discrimination raciale indirecte si les exigences n'étaient pas justifiées objectivement, et qu'elles n'étaient ni appropriées ni nécessaires pour l'exercice de la fonction en question ⁽²⁷³⁾. Dans le même ordre d'idée, le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a notifié au gouvernement flamand qu'une obligation de suivre un cours de langues pour pouvoir être éligible à l'obtention d'un logement social reviendrait à une discrimination indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique, ce qui est contraire à la législation ⁽²⁷⁴⁾.

Un jugement de la Chambre des Lords ⁽²⁷⁵⁾ mérite d'être distingué, dans la mesure où il démontre la prévalence de la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique dans le contexte de l'immigration, alors qu'à la lumière du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive sur l'égalité raciale, ladite discrimination pourrait être exclue du champ d'application de la directive. L'affaire *R contre Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte ERRC and others* concerne le traitement des Roms dans la procédure de présélection appliquée par les autorités du Royaume-Uni à l'aéroport de Prague. Des preuves ont été produites, selon lesquelles les Roms étaient interrogés plus longuement et de manière plus approfondie par les autorités, et qu'ils couraient en outre un risque 400 fois plus élevé de voir leur demande d'immigration vers le Royaume-Uni refusée ⁽²⁷⁶⁾. La Chambre des Lords a estimé qu'il s'agissait là d'un traitement moins favorable, fondé sur la race, soulignant que ce cas de discrimination directe

⁽²⁷²⁾ Affaire *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme contre Feryn SA*; jugement rendu par le tribunal du travail de Bruxelles (26 juin 2006), portant sur des déclarations reprises dans les médias selon lesquelles la société ne souhaitait pas recruter de Marocains. On trouvera le texte du jugement (en néerlandais) à l'adresse suivante: http://www.diversiteit.be/NR/rdonlyres/B7C7706C-E400-4833-8197-AAE4099A6070/0/r060626_ar_brussel.pdf.
Ultimeurement, la Cour belge a introduit une demande de décision préjudicielle. Voir http://www.diversiteit.be/CNTR/FR/about_the_center/press/cntr_press_07-01-24Fr.htm.

⁽²⁷³⁾ Tribunal du travail suédois, jugement du 19 octobre 2005, AD 2005 n° 98.

⁽²⁷⁴⁾ Réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Rapport sur la situation des droits fondamentaux en Belgique en 2005* (CFR-CDF/Rep[BE]2005), p. 150. Des préoccupations semblables sont exprimées à l'égard des compétences attendues en matière linguistique pour l'accès à l'emploi tant dans le secteur public que dans le secteur privé, notamment dans les avis émis par le Comité consultatif sur la convention-cadre pour la protection des minorités nationales pour la Lettonie et l'Estonie [voir aussi réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Report on Estonia 2005* (CFR-CDF/Rep[EE]2005) (Rapport sur la situation des droits fondamentaux en Estonie en 2005), p. 34].

⁽²⁷⁵⁾ Renseignements fournis par le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination.

⁽²⁷⁶⁾ Il semble qu'il s'agisse d'une affaire de discrimination indirecte dans l'application de normes, lesquelles sont neutres (on pourrait le soutenir), mais la Chambre des Lords en traite comme d'une affaire de discrimination directe.

ne pouvait être valablement justifié. Un exemple éloquent qui témoigne de la nécessité d'être particulièrement attentif aux cas de discrimination raciale indirecte dans ce contexte!

Enfin, le volume incroyable de jurisprudence eu égard aux Roms et aux discriminations dont ils font l'objet, dans l'accès non seulement à l'emploi, mais aussi aux établissements publics, tels que les restaurants, les bars et les discothèques, mérite également d'être souligné. Qui plus est, cette jurisprudence confirme clairement la pertinence de l'inclusion de l'article 3, paragraphe 1, point h), dans le champ d'application de la directive sur l'égalité raciale ⁽²⁷⁷⁾.

4.2.2. Ouverture vers l'égalité substantielle

Plusieurs affaires nationales ont souligné l'importance de l'interdiction de la discrimination indirecte pour s'attaquer à des préjugés profondément enracinés (contre des personnes appartenant à des minorités), certains dans un sens négatif, d'autres de manière positive. Parmi les jugements n'ayant pas conclu à une discrimination, citons la décision du tribunal français du travail de Boulogne (siégeant en première instance) concernant une action introduite par cinq demandeurs d'origine africaine — l'analyse, par un expert, des pratiques utilisées précédemment par leur employeur ayant révélé un traitement différencié en termes de salaires, de statut et de développement de carrière [*Confédération générale des travailleurs (Union) et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (NGO) contre Renault SA*, tribunal du travail de Boulogne, jugement du conseil de prud'hommes du 12 décembre 2005]. Le tribunal a estimé qu'aucun élément probant ne permettait de mettre en évidence le caractère intentionnel de ce traitement différentiel. Cet exemple montre l'importance d'une solide compréhension du concept de «discrimination indirecte», et plus particulièrement de la non-pertinence de l'intention.

L'exemple inverse est donné dans l'avis consultatif de 2005 rendu par la Commission néerlandaise de l'égalité de traitement, suggérant des adaptations à la politique du logement de la ville de Rotterdam. La Commission néerlandaise a conclu que la nouvelle politique du logement prévue par la ville — qui comptait autoriser uniquement les personnes ayant un revenu de 120 % du salaire minimal à louer un logement — constituait une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique.

S'agissant de l'action positive comme de l'obligation de différenciation (en tant que seconde dimension de l'interdiction de discrimination), la décision prise par le Tribunal constitutionnel slovaque du 18 octobre 2005 doit être citée ici parmi les exemples négatifs, étant donné qu'il estime que l'interdiction (constitutionnelle) de la discrimination exclut l'action positive, et semble même nier le principe selon lequel des situations inégales devraient être traitées différemment dans la réalité ⁽²⁷⁸⁾.

⁽²⁷⁷⁾ Le réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination a repéré des problèmes, notamment en 2004: en République tchèque, un restaurant Sport a refusé de servir une communauté de Roms, et, en Hongrie, deux Roms se sont vu refuser l'entrée d'une discothèque.

⁽²⁷⁸⁾ Réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Report on Slovakia 2005* (CFR-CDF/Rep[SV]2004) (Rapport sur la situation des droits fondamentaux en Slovaquie en 2005), p. 49.



Milo | 1986

Chapitre 5

La directive sur l'égalité raciale, la CCPMN et la protection des minorités: parallèles et différences

Comme l'ont montré les chapitres précédents, la protection des minorités s'articule (toujours) autour du rôle des droits spéciaux accordés aux minorités. Alors que l'octroi de droits «spécifiques» semble à première vue à l'opposé du principe de l'égalité des droits, tout dépend en fait de la façon dont on conçoit le terme «égalité». Le débat visant à déterminer si l'interdiction de discrimination peut suffire — ou non — à protéger correctement les minorités dépend dans une large mesure de la façon dont cette interdiction est appréhendée (interprétée) et plus particulièrement du degré de prise en compte de la dimension de l'égalité substantielle.

La façon dont la directive sur l'égalité raciale sera interprétée par la CJCE clarifiera dans quelle mesure ladite directive peut contribuer à la protection des minorités, tant en ce qui concerne la prise en compte de considérations liées à l'égalité de fait que du véritable champ d'application de l'instrument.

Il apparaît nécessaire de comparer de manière plus attentive la directive sur l'égalité raciale et la CCPMN pour déterminer les éventuelles lacunes de celle-ci en mettant ici en évidence la valeur ajoutée de la convention-cadre ⁽²⁷⁹⁾. Cette comparaison se concentrera sur quatre aspects: les objectifs respectifs (généraux) des instruments, la portée *ratione personae*, la portée *ratione materiae* et, enfin, le type de mesures spéciales envisagées.

Notons cependant que si la CCPMN a été ratifiée par 39 pays, tous les États membres de l'UE n'en sont pas signataires. La Belgique, la Grèce et le Luxembourg ont seulement signé la convention, ce que la France n'a même pas fait.

5.1. Objectifs généraux

Le point de départ de la réflexion semble être le fait que la directive sur l'égalité raciale et la CCPMN poursuivent des objectifs globalement différents. Ainsi, la directive sur l'égalité raciale ne vise pas à protéger ni à promouvoir l'identité distincte des minorités, contrairement à la convention-cadre ⁽²⁸⁰⁾. En d'autres termes, la directive européenne n'a pas pour objectif premier d'obliger les États membres à promouvoir les conditions permettant aux personnes appartenant aux minorités d'entretenir et de cultiver leur propre culture, et de préserver les éléments clés de leur identité, à savoir leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel. La directive sur l'égalité raciale vise à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement quelle que soit la race ou l'origine ethnique, comme l'indique d'ailleurs son intitulé complet. Toutefois, ainsi que nous l'avons souligné précédemment, l'importance de la non-discrimination pour les minorités est largement reconnue et explicitement intégrée dans l'article 4 de la convention-cadre. En outre, ainsi que nous l'avons stipulé à maintes reprises, l'interprétation même du concept d'interdiction de discrimination peut impliquer diverses ouvertures vers l'égalité substantielle, voire même l'obligation d'adopter des mesures spéciales (en faveur des minorités). La dimension de l'interdiction de discrimination impliquant une obligation de traitement différencié est particulièrement pertinente à cet égard, étant donné qu'elle peut impliquer l'obligation de concevoir des exceptions aux mesures généralement applicables qui, dans le cas contraire, défavoriseraient les personnes d'une certaine origine ethnique ou raciale. L'obligation d'adopter des mesures spéciales serait toutefois limitée à deux niveaux. Tout d'abord, l'objectif ne serait pas la promotion de l'identité mais uniquement la volonté d'éviter un désavantage disproportionné, ce qui pourrait avoir des implications pour le contenu de la mesure. Une seconde limite découlerait du champ d'application restreint de la directive sur l'égalité raciale ⁽²⁸¹⁾.

⁽²⁷⁹⁾ Voir également Hofmann, R., *The Impact of International Norms on the Protection of National Minorities in Europe: the Added Value and Essential Role of the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, DH-MIN(2006)018prov.

⁽²⁸⁰⁾ Le titre de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales, tout comme ses dispositions, le confirme clairement, en particulier l'article 5, paragraphe 1. Voir également Malloy, T. H., «The Title and the Preamble», in Weller, M. (éd.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (OUP, Oxford, 2005), p. 53 et 54.

⁽²⁸¹⁾ Voir supra, p. 24.

La jurisprudence de la CJCE dans le domaine de l'action positive est connue comme étant restrictive. Malgré divers développements prometteurs identifiés, il est improbable que le droit européen dans le domaine de l'égalité atteigne, dans un avenir proche, le degré de prise en compte de la dimension de l'égalité substantielle qui imprègne la CCPMN. Une différence similaire entre les deux instruments peut être identifiée en ce qui concerne l'inclusion d'obligations positives explicites pour garantir l'égalité substantielle.

5.2. Portée *ratione personae*

La CCPMN est formulée en termes d'appartenance des personnes à des minorités nationales, tandis que la directive sur l'égalité raciale souhaite promouvoir l'égalité de traitement entre les personnes, quelle que soit leur race ou leur origine ethnique. En la matière, il convient de souligner le fait qu'aucun de ces deux instruments ne propose une définition des concepts permettant de déterminer la portée *ratione personae*. Même si ces deux instruments sont formulés ou conçus en termes de droits pour les individus, et non pour les groupes, ils ont manifestement d'importantes implications pour des groupes particuliers, et la protection visée revêt une importante dimension collective ⁽²⁸²⁾. Malgré l'absence d'une définition généralement acceptée du concept de «minorité nationale» en termes de droit international positif ⁽²⁸³⁾ — ce qui se manifeste également par l'absence d'une définition du concept de «minorité nationale» —, pratiquement tout le monde s'accorde sur le fait que le terme «minorités» s'applique à des groupes possédant des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques particulières ⁽²⁸⁴⁾. La directive sur l'égalité raciale protège (implicitement) les personnes appartenant à des groupes ethniques et raciaux. Malheureusement, la directive n'inclut pas de définition de la race ou de l'ethnicité, mais elle couvre par contre clairement la différenciation fondée sur l'appartenance ethnique. Il a également été relevé que la discrimination raciale indirecte pourrait s'étendre, selon les circonstances, à certaines différenciations fondées sur la langue ou la religion. Une telle conception sera manifestement bénéfique aux groupes linguistiques et religieux minoritaires.

Aucun des deux instruments ne détermine explicitement qui est en mesure d'identifier les groupes visés et de préciser quels sont les individus qui appartiennent à ces groupes. Littéralement, le paragraphe 1 de l'article 3 de la convention-cadre ne concerne que le droit des personnes appartenant à la minorité ethnique de choisir d'être traitées ou non en tant que telles et l'interdiction des désavantages résultant de ce choix ou de l'exercice des droits en rapport avec ce choix. Toutefois, s'agissant de la pratique du Comité consultatif, deux autres dimensions sont abordées dans l'article 3 (pas toujours de manière aussi étendue/développée et explicite), notamment l'identification des groupes en tant que minorités nationales et l'identification des membres de ces groupes.

L'article 3 de la CCPMN se concentre en fait surtout sur la définition des groupes susceptibles d'être considérés comme des minorités nationales. Alors que le Comité consultatif reconnaît que les États parties possèdent une certaine marge d'appréciation dans leurs décisions concernant le champ d'application de la CCPMN, les distinctions arbitraires ou injustifiées ne sont pas autorisées ⁽²⁸⁵⁾. Le Comité consultatif n'est pas habilité à obliger les États membres à reconnaître un groupe (particulier) comme étant une minorité nationale, mais il s'efforce, par le biais

⁽²⁸²⁾ Voir notamment la définition de la discrimination indirecte dans la directive sur l'égalité raciale et sa disposition relative à l'action positive ainsi que l'article 5 de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Les droits des minorités ont généralement une dimension collective importante [voir également Pentassuglia, G., *Minorités en droit international*, p. 51 (du texte anglais)].

⁽²⁸³⁾ Le rapport explicatif sur la convention-cadre pour la protection des minorités nationales justifie cela en disant qu'il a été décidé d'adopter une approche pragmatique (paragraphe 12).

⁽²⁸⁴⁾ Pentassuglia, G., *Minorités en droit international*, p. 58 et 59 (du texte anglais).

⁽²⁸⁵⁾ Il s'agit en réalité d'une formulation qui fait partie de la jurisprudence en évolution du Comité consultatif de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Voir notamment son avis sur la Bulgarie, ACFC/OP/I(2006)001, paragraphe 15, et son avis sur la Pologne, ACFC/INF/OP/I(2004)005, paragraphe 17. Voir également Heintze, H. J., «Article 3», in Weller, M. (éd.), *The Rights of Minorities: A Commentary on the FCNM* (OUP, Oxford, 2005), p. 112.

d'un dialogue constructif, de persuader les autorités d'adopter une approche inclusive. Dans ce processus, le Comité consultatif semble attacher une très grande importance à l'auto-identification par les groupes concernés ⁽²⁸⁶⁾. Ainsi, en ce qui concerne le refus de la Bulgarie de reconnaître certains groupes comme des minorités nationales, le Comité consultatif encourage le gouvernement à autoriser l'accès de ces groupes à la protection au titre de la CCPMN en raison du «vif sentiment d'appartenance de ces personnes à des groupes ethniques distincts [...]» ⁽²⁸⁷⁾. Dans son deuxième avis sur la Finlande, le Comité consultatif indique, en ce qui concerne la reconnaissance d'un groupe comme étant une minorité nationale, que «le principe d'auto-identification des personnes concernées doit être un principe directeur au moment d'examiner cette question» ⁽²⁸⁸⁾.

Il est par ailleurs frappant que le Comité consultatif interprète le concept «traités comme tels» au sens large, ce qui rendrait les questions de recensement obligatoire contraires à la CCPMN ⁽²⁸⁹⁾. Le «traitement» sera alors presque toujours synonyme d'«identification» et de choix d'être identifié comme membre d'une minorité ⁽²⁹⁰⁾. Il convient toutefois de souligner le fait que l'auto-identification n'est pas comprise comme une question subjective absolue, mais qu'elle doit avoir une base factuelle ⁽²⁹¹⁾.

D'autre part, la directive sur l'égalité raciale entend protéger des personnes/groupes ayant une origine raciale ou ethnique particulière contre la discrimination. Le texte de la directive sur l'égalité raciale ne dit rien sur l'identité de celui qui détermine ce qui constitue une «origine raciale ou ethnique» particulière, sur les groupes qui doivent être considérés comme des groupes raciaux ou ethniques et sur les personnes pouvant être considérées comme des membres de groupes raciaux ou ethniques. La pratique du CERD, s'agissant de la CIERD, pourrait s'avérer utile en l'occurrence, étant donné que l'article 1 de la CIERD définit la discrimination raciale en termes de différences fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. Le CERD a eu à traiter de questions en rapport avec la façon dont les individus sont identifiés comme étant des membres d'un groupe racial ou ethnique particulier. Dans sa recommandation générale n° 8, il a souligné «que cette identification doit, sauf justification du contraire, être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné» ⁽²⁹²⁾. Cette

⁽²⁸⁶⁾ Le concept d'auto-identification fait référence au degré d'appartenance à un groupe (minoritaire).

⁽²⁸⁷⁾ Avis sur la Bulgarie (I, 2006), paragraphe 24.

⁽²⁸⁸⁾ Comité consultatif, avis sur la Finlande [ACFC/INF/OPII(2006)003], paragraphe 26. Voir aussi son avis sur la Pologne [ACFC/INF/OP/I(2004)005], paragraphe 19, où il se félicite d'une décision des autorités, compatible avec les désirs d'un certain groupe. Voir également son avis sur la Fédération de Russie [ACFC/INF/OP/I(2003)005], paragraphe 21, où il se réjouit de l'approche adoptée par les autorités, qui n'élèvent pas d'objections de principe aux demandes de protection au titre de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Voir aussi son avis sur la Slovaquie [ACFC/INF/OP/II(2005)005], paragraphe 39, où le Comité consultatif estime que les autorités devraient «adopter une approche plus souple [...], afin de mieux répondre à une réalité factuelle consolidée», ce qui fait sans doute référence aux souhaits de plusieurs groupes d'être considérés eux-aussi comme minorités nationales.

⁽²⁸⁹⁾ Comité consultatif, avis sur la Bulgarie (I, 2006), paragraphe 27; avis sur l'Italie (I), paragraphes 18 à 20; avis sur l'Estonie (I, 2002), paragraphe 19; avis sur la Pologne (II, 2004), paragraphe 24.

⁽²⁹⁰⁾ On le voit également dans l'avis sur la Fédération de Russie (I, 2003), paragraphe 30, où le Comité consultatif considère que «la mention obligatoire de l'appartenance ethnique dans [les passeports intérieurs], en particulier lorsqu'elle va de pair avec la limitation du droit des personnes de choisir librement la mention à inscrire, n'est pas compatible avec les principes énoncés à l'article 3».

⁽²⁹¹⁾ Le rapport explicatif de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales le confirme en faisant remarquer que le choix relatif à l'appartenance, dont il est question à l'article 3, «n'implique pas le droit pour un individu de choisir arbitrairement d'appartenir à une quelconque minorité nationale. Le choix subjectif de l'individu est indissociablement lié à des critères objectifs pertinents pour l'identité de la personne» (paragraphe 35). Cette position est celle de la Ligue des Nations dans les traités relatifs aux minorités et du pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 27. Voir: *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, Cour permanente de justice internationale, série A, n° 15, 1928; Comité des droits de l'homme, *Kitok contre Suède*, communication n° 197/1985, constatations adoptées le 27 juillet 1988, paragraphe 9.7.

⁽²⁹²⁾ Voir également CERD, recommandation générale n° 27: «La discrimination à l'égard des Roms», paragraphe 3.

position a été clairement confirmée dans des observations finales sur des rapports nationaux spécifiques. Dans ses conclusions sur le Nigeria de 2005, le Comité a ainsi indiqué que l'auto-identification volontaire est la base permettant de déterminer la situation de groupes couverts par la définition de l'article 1 de la CIERD ⁽²⁹³⁾.

5.3. Portée *ratione materiae*

La portée *ratione materiae* de la CCPMN est seulement limitée par le contenu des droits qui y sont énumérés, mais ceux-ci tiennent généralement compte, de toute façon, des besoins typiques des minorités. En outre, il convient de souligner le fait que la disposition sur l'égalité de l'article 4 n'est pas accessoire et que son champ d'application est donc virtuellement illimité, ce qui permet aussi d'aborder des questions au titre de la CCPMN qui ne sont pas explicitement inscrites dans ces dispositions, comme l'accès égal à l'emploi et aux services publics. La pratique de surveillance du Comité consultatif montre une prise en compte accrue des difficultés économiques des groupes minoritaires, notamment des Roms ⁽²⁹⁴⁾.

Le champ d'application matériel de la directive sur l'égalité raciale semble à première vue très vaste et résolument en rapport avec celui d'autres directives sur l'égalité. Cependant, il reste à voir si la CJCE estimera que tous les domaines couverts dans l'article 3 appartiennent bien à la sphère de compétences de la CE. La directive sur l'égalité raciale aborde clairement plusieurs domaines pour lesquels les minorités sont susceptibles d'être confrontées à la discrimination. L'interprétation de la CJCE permettra donc de déterminer dans quelle mesure des préoccupations typiques des minorités seront couvertes par la directive sur l'égalité raciale, même si celle-ci fait l'objet d'une interprétation généreuse ⁽²⁹⁵⁾.

5.4. Mesures spéciales

Alors que les droits spécifiques des minorités, qui visent à protéger et à promouvoir l'identité distincte des minorités, sont par essence de nature non temporaire, les choses sont moins claires en ce qui concerne la directive sur l'égalité raciale. Les mesures spéciales qui découlent de l'interdiction de la discrimination indirecte et d'une possible obligation de promouvoir l'égalité ne seraient sans doute pas de nature temporaire. En ce qui concerne l'action positive, il convient de souligner le fait que la directive sur l'égalité raciale, contrairement à la CIERD, ne limite pas ce concept aux mesures correctives de nature temporaire.

L'inclusion des mesures d'action positive visant à prévenir les désavantages ouvre la voie à des mesures plus durables. Toutefois, toutes les mesures spéciales devront respecter le principe de proportionnalité (afin de ne pas être en contradiction avec l'interdiction de discrimination), et une telle exigence pourrait impliquer également des limites dans le temps, le cas échéant. Quoi qu'il en soit, il faut retenir que la jurisprudence de la CJCE apparaît de moins en moins restrictive (et plus nuancée) en ce qui concerne l'action positive. Une évolution qui pourrait également avoir des répercussions positives sur l'acceptation de mesures plus générales.

⁽²⁹³⁾ Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale: Nigeria, 2005, paragraphe 10; Venezuela, 2005, paragraphe 15 et, implicitement, Turkménistan, paragraphe 9.

Dans aucune des plaintes qu'a examinées le Comité, la question de l'identification n'était un point de litige.

⁽²⁹⁴⁾ Voir, par exemple: Comité consultatif de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales, avis sur l'Albanie (I, 2003), paragraphe 75; avis sur la Bulgarie (I, 2006), paragraphe 109; avis sur l'Italie (I, 2002), paragraphe 65; avis sur la Norvège (I, 2003), paragraphe 63.

⁽²⁹⁵⁾ Voir aussi von Toggenburg, G., qui indique qu'en plus de la directive sur l'égalité raciale, il convient d'adopter également des mesures spécifiques pour les minorités et que l'on attend de la part de la CJCE des interprétations attentives aux minorités, notamment en ce qui concerne la diversité linguistique et culturelle: von Toggenburg, G., «The Racial Equality Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe», in *European Yearbook of Minority Issues*, 2001/2, p. 243 et 244.

Conclusion

La protection des minorités s'articule (toujours) autour du rôle des droits spéciaux accordés aux minorités. Si le principe de l'égalité des droits semble, à première vue, exclure la possibilité d'octroyer des droits «spécifiques», l'interprétation que l'on en donne peut lever toute incompatibilité. La prise en compte de l'égalité substantielle implique la reconnaissance de la nécessité d'un traitement différencié (mesures «spéciales») pour réaliser l'égalité de fait ou réelle. Le débat visant à déterminer si l'interdiction de discrimination peut suffire — ou non — à protéger correctement les minorités dépend dans une large mesure de l'interprétation de cette interdiction et plus particulièrement du degré de prise en compte de l'égalité substantielle. On comprend ainsi aisément le rôle que peuvent jouer la portée réelle de l'interdiction de discrimination et, plus particulièrement, la capacité de celle-ci à s'étendre à des domaines d'intérêt typiques, tels que l'égalité d'accès et la participation effective à la vie économique, sociale et culturelle et aux affaires publiques mais aussi des questions en rapport avec l'identité, au vu de l'importance majeure du droit des minorités à l'identité.

Le point de vue général selon lequel l'interdiction de discrimination autorise certaines formes de traitement différencié (et donc des mesures spéciales) implique une certaine ouverture vers l'égalité substantielle. Il en découle en tout cas que les droits spécifiques accordés aux minorités ne violent pas nécessairement l'interdiction de discrimination. Dans la mesure où l'interdiction de discrimination inclut aussi l'interdiction de la discrimination indirecte, d'importantes considérations d'égalité substantielle s'en trouveraient exclues. La discrimination indirecte concerne des règles et des pratiques d'apparence neutre mais ayant (ou pouvant avoir) une incidence disproportionnée sur certains groupes. Dans la mesure où il est plus facile d'établir une présomption de discrimination indirecte, ce sont sans aucun doute les victimes (souvent les personnes appartenant aux minorités) qui bénéficieraient de ces mesures.

La CJCE a joué un rôle clé en intégrant la discrimination indirecte dans le droit communautaire sur l'égalité, et elle a à son actif des décisions positives, surtout par rapport à la jurisprudence de la CEDH ou du CDH. L'analyse, présentée dans le chapitre 3, a montré que la pratique de surveillance du CERD et du Comité européen des droits sociaux adopte à cet égard une vision suffisamment novatrice. Toutefois, les orientations à tirer de la pratique, du CERD surtout, sont restreintes en raison des limites de la sphère de compétences de la CE (ce qui n'est pas sans conséquence pour la directive sur l'égalité raciale). Quoi qu'il en soit, il convient de souligner le fait que la définition de la directive sur l'égalité raciale semble renforcer la protection contre la discrimination indirecte, en facilitant l'action en justice des victimes.

Si la CEDH a fermement reconnu une obligation de différenciation (entre des situations différentes de facto), découlant de l'interdiction de discrimination, la jurisprudence qui en est issue ne s'est pas révélée prometteuse du point de vue des droits spécifiques des minorités. La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux revêt toutefois un potentiel plus prometteur, en ce sens qu'elle reconnaît qu'une jouissance effective et non discriminatoire des droits impose aux États de prendre en compte les différences pertinentes, si nécessaire en adoptant des mesures spécifiques ⁽²⁹⁶⁾. Dans la mesure où ces mesures spécifiques ne corrigent pas la situation, il n'y a pas lieu qu'elles soient temporaires. Toutefois, leur champ d'application (en ce qui concerne tant le fond que la durée) doit aller dans le sens du principe de proportionnalité.

Étant donné que l'interdiction de discrimination constitue la limite du caractère acceptable — ou non — des mesures d'action positive, c'est l'interprétation (et l'application) de cette interdiction qui déterminera le champ d'application desdites mesures. Alors que la jurisprudence de la CJCE évolue dans le domaine de l'action positive et qu'elle semble de plus en plus reconnaître l'objectif d'égalité substantielle, elle reste néanmoins plutôt restrictive en ce qui concerne les formes d'action positive visant l'égalité de résultat. La pratique du CERD (et

⁽²⁹⁶⁾ Voir notamment Comité européen des droits sociaux, plainte n° 27/2004, paragraphes 21 et 36.

même du CDH) semble à cet égard plus flexible. Comme la CJCE semble accorder davantage d'importance au principe de proportionnalité dans sa récente jurisprudence, elle pourrait suivre la voie du CERD notamment en ce qui concerne la directive sur l'égalité raciale. Non seulement cette directive reconnaît explicitement l'objectif d'égalité de facto de l'action positive, mais il faut savoir qu'elle s'applique aussi à un contexte social différent de celui de l'égalité entre les hommes et les femmes. Par ailleurs, il convient également de souligner le fait que l'article 5 de la directive sur l'égalité raciale ne limite pas l'action positive à des mesures correctives (de nature temporaire) mais qu'il inclut aussi la possibilité de mesures préventives.

Si la directive sur l'égalité raciale ne prévoit pas une obligation explicite de promouvoir l'égalité, l'inclusion d'un aussi grand nombre d'obligations positives dans la CIERD, encore développées par la pratique de la CERD, pourrait être instructive pour la CJCE, notamment dans la mesure où les obligations nationales très vastes s'étendent à la sphère privée.

En ce qui concerne la portée de l'interdiction de discrimination dans la directive sur l'égalité raciale, la définition de la CIERD est apparue comme un point de référence intéressant. La pratique du CERD a aussi clairement montré que l'interdiction de la discrimination raciale indirecte permettait d'autoriser des différenciations fondées sur la langue et la religion. Par ailleurs, il faut espérer que la CJCE suivra la recommandation générale n° 30 du CERD en ce qui concerne l'exclusion de différenciations fondées sur la nationalité étant donné que celle-ci est extrêmement circonscrite dans la recommandation. La discrimination raciale indirecte ne serait alors pas tolérée.

Enfin, une comparaison plus attentive de la directive sur l'égalité raciale et de la convention-cadre a permis de mettre en évidence la valeur ajoutée de la CCPMN (par rapport à la directive) en ce qui concerne les objectifs de la protection des minorités.

Malgré le fait que leurs objectifs généraux et leurs thèmes respectifs semblent très différents, la convention-cadre traduit un degré plus élevé de convergence dans l'interprétation des concepts liés à la portée *ratione personae* et *ratione materiae* et l'inclusion de dimensions en rapport avec l'égalité substantielle. Il convient toutefois de tenir compte ici des limites des compétences de la CE.

La CCPMN a pour avantage manifeste d'être résolument axée sur l'égalité substantielle et de citer explicitement les catégories de droits spécifiques qui concernent particulièrement les minorités, notamment dans le domaine de l'identité. Qui plus est, ces mesures spéciales ne sont pas, par nature, limitées aux seules mesures temporaires.

Quant à la directive sur l'égalité raciale, bien que moins explicite sur les questions d'identité, elle aborde précisément des questions essentielles pour l'intégration au quotidien des minorités qui ne sont ni distinctement couvertes ni aussi détaillées dans la CCPMN, plus spécialement en ce qui concerne l'accès à l'emploi, aux soins de santé, aux biens et aux services mis à la disposition du public, etc. L'interprétation donnée par la CJCE est attendue avec impatience, car elle permettra de déterminer si elle peut être une source de mesures spéciales en faveur des minorités et de préciser si ces mesures spéciales peuvent également être durables (et non simplement temporaires).

Quoi qu'il en soit, il convient de souligner le fait que la directive sur l'égalité raciale n'interdit pas tous les types de mesures différenciées (ou spécifiques) adoptées au titre de la CCPMN. Si la portée *ratione materiae* et *ratione personae* de la directive est limitée, des mesures spécifiques peuvent découler de l'interdiction de la discrimination indirecte, d'une obligation de promotion de l'égalité ou peuvent être jugées acceptables en tant qu'actions positives (visant également à prévenir les désavantages). En tout état de cause, ces mesures doivent s'aligner sur le principe de proportionnalité, et, sur ce point, tout dépend (une fois encore) de l'interprétation adoptée (et du degré de contrôle).

Sources

- Barents, R., *The Autonomy of Community Law* (KLI, Den Haag, 2004).
- Barnard, C., «The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality», *Mc Gill Law Journal* 2001, p. 956-977.
- Bell, M., *Anti Discrimination Law and the European Union*, OUP, 2002.
- Bell, M., «Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive», *European Law Journal* 2002, p. 384-399.
- Bell, M., «Equality and the European Union Constitution», *33 Industrial Law Journal* 2004, p. 242-260.
- Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting on inequalities in European Equality Law», *28 E.L. Rev.* 2003, p. 349-369.
- Brennan, F., «The Racial Equality Directive: Recycling Racial Inequality?», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2004, p. 311-331.
- Brown, Ch., «The Racial Equality Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?», *21 Yearbook of European Law* 2002, p. 195-1228.
- Caruso, D., «Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the new Equality Directives», *Harvard International Law Journal* 2003, p. 331-386.
- Costello, C., et Davies, G., «The Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000», à paraître dans *Common Market Law Review* 2006, p. 35.
- De Schutter, O., *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, Bruxelles, 2005.
- Eeckhout, P., *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*, OUP, Oxford, 2004.
- Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law*, OUP, Oxford, 2005.
- Flynn, L., «The Implications of Article 13 EC — After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?», *36 Common Market Law Review* 1999, p. 1127-1152.
- Fredman, S., «Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation», *12 MJ* 4, 2005, p. 369-397.
- Guild, E., «The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations», *Industrial Law Journal* 2000, p. 416-423.
- Henrard, K., «An Ever Increasing Synergy towards a stronger level of minority protection between minority specific and non specific instruments», *European Yearbook of Minority Issues*, 2003/4, p. 15-41.
- Henrard, K., «An investigation into the desirable, and possible role of the Language Charter in expanding on article 22 of the EU's Charter of Fundamental Rights», www.ciemer.org/mercator.
- Henrard, K., «Charting the gradual emergence of a more robust level of minority protection: minority specific instruments and the European Union», *22/4 Netherlands Quarterly of Human Rights* 2004, p. 559-584.
- Holtmaat, R., et Tobler, Ch., «CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination», *12 MJ* 2005, p. 399-425.
- Houtzager, D., *Changing Perspectives: Shifting the Burden of Proof in Racial Equality Case*, ENAR, Bruxelles, 2006.

Howard, E., «Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts», *European Law Journal* 2005, p. 468-486.

Makkonen, T., *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law*, Communautés européennes, Luxembourg, 2007.

McCrudden, Ch., «Theorising European Equality Law», in Costello, C., et Barry, E. (éd.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Irish Centre for European Law, 2003, p. 1-38.

McInerney, S., «Equal Treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin: a comment», *25 E.L. Rev.* 2000, p. 317-323.

Pager, S., «Strictness and Subsidiarity: An Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice», *26 B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 35.

Réseau européen d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *Thematic Comment no 3: The Protection of Minorities in the European Union*, 25 avril 2005, en particulier p. 18-28.

Rosas, A., «The European Court of Justice: Sources of Law and Methods of Interpretation», in Sacerdoti, G., e.a. (éd.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, CUP, Cambridge, 2006, p. 428-489.

Schiek, D., «Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law», *12 MJ* 2005, p. 427-466.

Schilling, Th., «The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations», *37 Harvard International Law Journal* 1996, p. 389-409.

Tobler, C., *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC law*, Intersentia, Antwerpen, 2005.

Van den Berghe, F., «Race in European Law — An Analysis of Council Directive 2000/43/EC», eumap.org.

Verstichel et de Schutter, «Article on Roma and EU».

Von Toggenburg, G., «A Remaining Share or a New Part? The Union's Role vis-à-vis Minorities after the Enlargement Decade», *EUI Working Papers* 2006/15, 27 p.

Von Toggenburg, G. (éd.), *Minority Protection and the Enlarged European Union: the way forward*, OSI, Budapest, 2004.

Von Toggenburg, G., «The Racial Equality Directive: a New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe», *1 European Yearbook on Minority Issues* 2001/2, p. 231-244.

Von Toggenburg, G., «Who is Managing Ethnic and Cultural Diversity in the European Condominium? The Moments of Entry, Integration and Preservation», *43 JCMS* 2005, p. 727-738.

Waddington, L., «The New Equality Directives: Mixed Blessings», in Costello, C., et Barry, E. (éd.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Irish Centre for European Law, 2003, p. 39-54.

Waddington, L., et Bell, M., «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», *38 Common Market Law Review* 2001, p. 587-611.

Weiler, J. H. H., et Haltern, U. R., «The Autonomy of the Community Legal Order — through the Looking Glass», *37 Harvard International Law Journal* 1996, p. 411-448.

Weller, M. (éd.). *FCNM: A Commentary*, OUP, Oxford, 2005.

Commission européenne

Égalité des droits ou droits spécifiques?

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2008 — 78 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-06383-1

Comment vous procurer les publications de l'Union européenne?

Vous trouverez les publications de l'Office des publications disponibles à la vente sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>), où vous pourrez passer commande auprès du bureau de vente de votre choix.

Vous pouvez également demander la liste des points de vente de notre réseau mondial par télécopie au (352) 29 29-42758.

Les **publications** de la direction générale de l'emploi,
des affaires sociales et de l'égalité des chances vous intéressent?

Vous pouvez les télécharger:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/publications/index_fr.cfm

ou vous abonner gratuitement en ligne:

http://ec.europa.eu/employment_social/sagapLink/dspSubscribe.do?lang=fr

ESmail est la lettre d'information électronique
de la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances

Vous pouvez vous abonner en ligne:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/esmail_fr.cfm

http://ec.europa.eu/employment_social/index_fr.html

