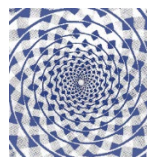


**LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION EN TANT QUE DROIT AUTONOME :
L'APPLICATION DU PROTOCOLE N°12
PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Julie Ringelheim

Octobre 2022

 **UCLouvain**



Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences (JUR-I)
Centre for Philosophy of Law (CPDR)

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, centre de recherches localisé au sein de l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques (JUR-I) de l'Université de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être publiée, sous quelque forme que ce soit, sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), a research centre located in the Institute for Interdisciplinary research in legal science (JUR-I) of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced in any form without consent of the author

Ce texte paraîtra sous une version légèrement remaniée dans M. Boumghar (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Pedone (à paraître).

LE DROIT À LA NON-DISCRIMINATION EN TANT QUE DROIT AUTONOME : L'APPLICATION DU PROTOCOLE N° 12 PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Julie RINGELHEIM

*Professeure de droit à l'Université catholique de Louvain
Chercheuse qualifiée - Fonds National de la Recherche Scientifique (Belgique)*

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.

Ouvert à la signature le 4 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme vise à corriger ce que beaucoup considèrent comme une faiblesse majeure du texte initial de la Convention¹ : la portée restreinte de la clause de non-discrimination consacrée par l'article 14 de la Convention. Cette disposition n'interdit la discrimination que dans la jouissance des droits et libertés garantis par cette même convention. Cette limitation contraste avec l'importance reconnue aux principes d'égalité et de non-discrimination dans d'autres textes de référence du droit international des droits de l'homme. Dans la Charte des Nations Unies, déjà, la volonté d'encourager « *le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* » est mentionnée parmi les buts de l'Organisation des Nations Unies². La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ne se contente pas d'interdire les discriminations dans les droits et libertés qu'elle proclame³ : elle reconnaît également dans son article 7 l'égalité de tous devant la loi et le droit à une égale protection de la loi ainsi que le « *droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration* ». De même, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) comporte à la fois une clause de non-discrimination dans la jouissance des droits qu'il garantit (article 2 § 1) et un article 26 qui consacre l'égalité devant la loi et le droit à une égale protection de la loi ainsi qu'un droit à « *une protection égale et efficace contre toute discrimination* », dont le champ d'application n'est pas limité aux droits énoncés dans le Pacte⁴.

¹ Cf. notamment. Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, The Hague, London, New York, Martinus Nijhoff, 2003, pp. 36-37.

² Art. 1^{er} § 3.

³ DUDH, art. 2.

⁴ Le texte complet de l'article 26 du PIDCP est le suivant : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

Le caractère restreint de l'article 14 de la Convention fut déploré dès les années 1960 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Elle proposa à plusieurs reprises la rédaction d'un protocole visant à introduire une interdiction générale de la discrimination. Mais il fallut attendre 1998 pour que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe se rallie à cette idée et lance le processus de rédaction du Protocole n° 12⁵.

L'article 1^{er} du Protocole n° 12 constitue la seule disposition normative de ce texte. Elle énonce une clause générale de non-discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi et dans l'ensemble de l'action des autorités publiques. On dira quelques mots de la genèse du Protocole n° 12 (I), avant d'examiner le contenu et la portée de cette disposition, en tenant compte de la (maigre) jurisprudence développée jusqu'à présent en lien avec celle-ci (II).⁶

I. LA GENÈSE DU PROTOCOLE N° 12

À partir des années 1960, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a proposé à plusieurs reprises d'étendre, par le biais d'un protocole additionnel, le champ d'application de l'interdiction de discriminer consacrée par la Convention. Mais ces tentatives se sont longtemps heurtées au refus des représentants des gouvernements⁷. Cette réticence était notamment motivée par la crainte qu'une telle disposition ne soit interprétée trop largement par la Cour européenne des droits de l'homme. On craignait également qu'une extension de la portée de la règle de non-discrimination n'emporte des effets sur les rapports entre particuliers, dans des domaines tels que l'emploi ou le logement, que beaucoup considéraient comme relevant de la sphère purement privée⁸.

La situation changea dans les années 1990. Au vu de la modestie de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 14, de plus en plus de voix s'élevèrent pour dénoncer l'insuffisance de la protection contre la discrimination offerte par la Convention⁹. En particulier, la Cour, à cette époque, n'avait encore jamais condamné un État pour violation de l'article 14 en raison d'une discrimination *raciale*¹⁰. Au sein du Conseil de l'Europe, d'autres instances que l'Assemblée parlementaire se positionnèrent en faveur de l'adoption d'un protocole additionnel à la Convention afin de renforcer la lutte contre certaines formes de discrimination au moins. C'est le cas de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), dont la création fut décidée en 1993 lors du premier Sommet du Conseil de l'Europe organisé à Vienne¹¹. Chargée notamment d'étudier les instruments juridiques internationaux applicables en matière de lutte contre le racisme en vue de leur renforcement si nécessaire, cette Commission, dans un rapport remis en 1995, recommanda l'adoption d'un protocole additionnel comportant une interdiction générale de la discrimination raciale¹². Parallèlement, le Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes proposa la rédaction d'un protocole additionnel reconnaissant l'égalité entre les femmes

⁵ Gay MOON, "The Draft Discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report", *EHRLR.*, n° 1, 2000, pp. 49-53.

⁶ Ce texte a été achevé le 5 octobre 2022. La jurisprudence prise en compte s'arrête à cette date.

⁷ Sur ces propositions, cf. Bernadette RENAUD, « Le 12^{ème} protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : l'égalité en marche », *Revue du droit des étrangers*, n° 114, 2001, pp. 341-355 ; Michael HEAD, « Le Protocole n° 12 et sa genèse », in *La non-discrimination : un droit fondamental. Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12*, Strasbourg, 11 octobre 2005, Conseil de l'Europe, 2006, pp. 38-49, spéc. pp. 40-41.

⁸ Michael HEAD, *op. cit.*, p. 41.

⁹ Cf. Asbjørn EIDE & Torkel OPSAHL, « Rapport général sur 'Egalité et non-discrimination' », 7^{ème} Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990. En 1990, la Cour n'avait constaté de violation de l'article 14 que dans quatre affaires (CEDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, nos 1474/62 et al. (ci-après : *Affaire linguistique belge*) ; CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74 ; CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80 et al. et CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, n° 8695/79).

¹⁰ Ce n'est qu'en juillet 2005, avec l'arrêt *Natchova*, soit près de cinq ans après l'adoption du Protocole n° 12, que la Cour aboutit pour la première fois à un constat de discrimination raciale contraire à l'article 14 de la Convention (CEDH [GC], 6 juillet 2005, *Natchova et autres c. Bulgarie*, nos 43577/98 et 43579/98).

¹¹ Point 3 du Plan d'action sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance, Annexe III à la Déclaration du premier sommet du Conseil de l'Europe (Vienne, 9 octobre 1993).

¹² Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Rapport circonstancié sur le renforcement de la disposition de non-discrimination de la Convention européenne, 1995, cité par Michael HEAD, *op. cit.*, p. 44. L'ECRI proposait un protocole protégeant toute personne contre la discrimination fondée sur la race, la couleur, la langue, la religion ou l'origine nationale ou ethnique, cf. Michael HEAD, *op. cit.*, p. 45.

et les hommes¹³. Chargé par le Comité des Ministres d'étudier ces propositions, le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), dans un rapport de 1997, préconisa d'introduire un protocole interdisant de façon générale toute discrimination fondée sur une liste non exhaustive de motifs¹⁴. Le Comité des Ministres lui confia alors la mission de rédiger un projet de protocole en ce sens, lequel fut achevé en 1999.

Consultée sur le projet de protocole, l'Assemblée parlementaire, dans son avis sur celui-ci, critique l'absence de mention du principe d'égalité entre les femmes et les hommes. Elle demande par ailleurs que l'orientation sexuelle soit ajoutée aux motifs énumérés à l'article 1^{er} du Protocole¹⁵. Ces recommandations ne seront pas suivies. Également consultée, la Cour européenne des droits de l'homme salue cette initiative. Elle souligne qu'en raison de son caractère accessoire, « certaines formes de discrimination échappent irrémédiablement au champ d'application de l'article 14 »¹⁶ et estime que le projet de Protocole n° 12 « fournit une base juridique claire permettant d'examiner les questions de discrimination non couvertes par l'article 14 »¹⁷. Elle observe toutefois que l'entrée en vigueur du protocole pourrait entraîner une augmentation substantielle des saisines de la Cour et appelle le Comité des Ministres à en tenir compte dans la programmation des ressources du système de la Convention¹⁸.

Le Protocole n° 12, avec son rapport explicatif, est adopté par le Comité des Ministres le 26 juin 2000. Mais plusieurs États, dont la France, le Royaume-Uni, la Suède et l'Espagne, n'ont pas voté en faveur de son adoption¹⁹. Ouvert à la signature en novembre 2000, il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, après avoir été ratifié par dix États membres du Conseil de l'Europe²⁰.

Dix-sept ans plus tard, les réticences à l'encontre de ce protocole persistent. Au 1^{er} octobre 2022, il avait été ratifié par vingt États membres sur les quarante-six que compte le Conseil de l'Europe (depuis que la Russie n'en fait plus partie). Dix-huit États – parmi lesquels l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Russie et la Turquie – l'ont signé mais toujours pas ratifié, tandis que neuf États, dont la France et le Royaume-Uni, ne l'ont ni signé ni ratifié²¹.

Interrogé à ce sujet en juillet 2001 par un sénateur²², le ministre des Affaires étrangères français a expliqué que la France n'envisageait pas à court terme d'adhérer au Protocole n° 12 pour des raisons liées essentiellement aux difficultés de la Cour européenne des droits de l'homme, confrontée à une augmentation considérable du nombre de requêtes. Dans ces conditions, l'entrée en vigueur de ce protocole qui, selon lui, ne manquerait pas de susciter un afflux de nouvelles requêtes, ne lui paraissait pas souhaitable²³. Le Royaume-Uni a quant à lui émis des objections de fond à l'encontre du Protocole, critiquant des imprécisions du texte dont il craint qu'elles ne conduisent à des interprétations problématiques²⁴.

¹³ Comité directeur pour l'égalité entre les femmes et les hommes (CDEG), Proposition circonstanciée sur un droit fondamental de la femme et de l'homme à l'égalité pour inclusion dans un protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, cité par Michael HEAD, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴ Gay MOON, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵ APCE, avis 216(2000), Projet de Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, 26 janvier 2000.

¹⁶ CEDH, 6 décembre 1999, (Doc. 8608), *Avis de la Cour européenne des droits de l'homme sur le projet de Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme*, § 3.

¹⁷ *Ibid.*, § 4.

¹⁸ *Ibid.*, § 6.

¹⁹ Urfan KHALIQ, "Protocole 12 to the European Convention on Human Rights: a step forward or a step too far?", *Public Law*, 2001, t. 3, p. 457. La France ne l'a toujours ni signé ni ratifié.

²⁰ Conformément à l'article 5 du Protocole.

²¹ Les autres États à n'avoir ni signé ni ratifié le Protocole n° 12 sont la Bulgarie, le Danemark, la Lituanie, Monaco, la Pologne, la Suède et la Suisse. On notera que l'Espagne, qui n'avait pas voté en faveur de l'adoption du protocole en 2000, l'a ratifié en 2008.

²² Question écrite n° 34441 de M. Aymeri de Montesquiou, *JO Sénat*, 19 juillet 2001, p. 2357.

²³ Réponse du ministère des Affaires étrangères, *JO Sénat*, 1 novembre 2001, p. 3457.

²⁴ Dans un texte publié en 2005, le représentant du gouvernement du Royaume-Uni met en avant deux objections principales : d'une part, le gouvernement déplore que le texte du protocole ne précise pas quel traitement différent peut être considéré comme reposant sur une justification objective et raisonnable et par conséquent conforme à la norme de non-discrimination. D'autre part, il craint que les termes « tout droit prévu par la loi », utilisés dans l'article 1^{er}, ne soient interprétés comme s'étendant à des droits garantis par des conventions internationales que le Royaume-Uni n'a pas ratifiées ou des droits qu'elle n'a pas incorporés dans son ordre juridique interne. Il ajoute cependant que le gouvernement n'exclut pas de signer ou ratifier ce protocole au cas où son interprétation par la Cour dissiperait ses craintes. Cf. John KISSANE, « Position du Gouvernement du Royaume-Uni », in *La non-discrimination : un droit fondamental*, *op. cit.*, pp. 98-102.

On remarquera que depuis son entrée en vigueur, le Protocole n° 12 n'a en réalité donné lieu qu'à une jurisprudence modeste. Par ailleurs, comme expliqué ci-dessous, il a une portée plus restreinte que l'article 26 du PIDCP, que tous les États membres du Conseil de l'Europe ont ratifié.

II. LE CONTENU ET LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1^{ER} DU PROTOCOLE

L'apport du Protocole n° 12 par rapport à l'article 14 de la Convention réside dans l'extension du champ d'application de la protection contre la discrimination. L'article 1^{er} du Protocole se compose de deux paragraphes. Le premier est formulé en des termes presque identiques à l'article 14, avec une différence capitale : il interdit la discrimination dans « *la jouissance de tout droit prévu par la loi* », alors que l'article 14 se réfère uniquement aux droits et libertés « *reconnus dans la Convention* ». Le second paragraphe de l'article 1^{er} accroît encore l'étendue de la protection en prohibant toute discrimination « *de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit* » : l'interdiction de la discrimination « *dépasse le domaine de la loi pour couvrir tout acte posé par une autorité, de quelque nature qu'il soit* »²⁵.

Ce protocole confère ainsi à la norme de non-discrimination dans le système de la Convention un caractère général et indépendant, et non plus limité aux droits et libertés consacrés par cette même convention. La portée de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 demeure toutefois plus restreinte que celle de l'article 26 du PIDCP. Contrairement à ce dernier, il ne consacre pas de droit à l'égalité devant la loi, le principe d'égalité étant uniquement mentionné dans le préambule du Protocole, et n'énonce pas d'obligation expresse d'interdire dans la loi la discrimination commise par des personnes privées²⁶.

Dans les lignes qui suivent, on examinera quatre éléments-clé de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 : la notion de discrimination au sens de cette disposition (A), le champ d'application de celle-ci (B), la question des éventuelles obligations positives qui en découlent (C) et les motifs de discrimination visés (D). On aura égard à la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme en lien avec cet article. Celle-ci est jusqu'à présent restée limitée. Au 5 octobre 2022, on comptait seize arrêts de fond, dont deux rendus par une Grande chambre²⁷, traitant de cette disposition, ainsi que 236 décisions relatives à la recevabilité, dont la grande majorité concluent à l'irrecevabilité de la requête²⁸. Dix-sept ans après l'entrée en vigueur du Protocole, la crainte exprimée par la Cour, dans son avis sur le projet de protocole, que celui-ci ne génère un afflux important de requêtes, ne s'est donc pas matérialisée.

A. LA NOTION DE DISCRIMINATION

Le Protocole n° 12 n'a pas vocation à modifier le sens donné au mot « discrimination » dans le système de la Convention. Le Rapport explicatif est clair sur ce point : la signification du terme « discrimination » à l'article 1^{er} du Protocole est identique à celle qui lui a été donnée dans le contexte de l'article 14 de la Convention²⁹. La version française du protocole présente une légère différence avec le texte de l'article 14 : il utilise les termes « *sans discrimination aucune* », là où l'article 14 parle de « *sans distinction aucune* ». Mais cette disparité terminologique n'a pas de conséquence sur le fond : il s'agit au contraire d'une adaptation visant à mieux refléter le concept de discrimination au sens de l'article 14 et à aligner le texte français sur le texte anglais, sachant que la version anglaise de l'article 14 emploie les mots “*without discrimination*”³⁰.

Dans son premier arrêt de fond faisant application de l'article 1^{er} du Protocole n° 12, l'arrêt *Sejdić et Finci c. Bosnie Herzégovine*, la Cour confirme que « *nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions* », le sens du concept de discrimination doit être considéré comme identique dans

²⁵ Bernadette RENAUD, *op. cit.*, p. 345.

²⁶ Comparez avec le texte de l'article 26 PIDCP cité *supra* à la note 4.

²⁷ CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, nos 27996/06 et 34836/06 et CEDH [GC], 18 juillet 2013, *Maktouf et Damjanovic c. Bosnie-Herzégovine*, nos 2312/08 et 34179/08.

²⁸ Décompte établi sur la base d'une recherche dans la base de données de la jurisprudence de la Cour : <http://hudoc.echr.coe.int/fre#> (dernière consultation : le 5 octobre 2022).

²⁹ CDDH, Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 2000 (ci-après Rapport explicatif), § 18.

³⁰ *Ibid.*, § 18. Cf. aussi *Affaire linguistique belge*, § 10.

les deux textes³¹. Dès lors, « la notion de discrimination doit être interprétée de la même manière dans le cadre de l'article 14 et dans celui de l'article 1 du Protocole n° 12 »³².

Les critères établis par la Cour dans sa jurisprudence relative à l'article 14 pour déterminer ce qui constitue une discrimination, sont donc applicables à l'article 1^{er} du Protocole. Les paramètres de base sont rappelés dans le rapport explicatif : « une distinction est discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou s'il n'y a pas de 'rapport raisonnable de proportionnalité' entre les moyens employés et le but visé »³³. En outre, « une certaine marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement »³⁴.

Comme le relève Urfan Khaliq, le Protocole n° 12 ne mentionne pas le concept de *discrimination indirecte*, à savoir la discrimination qui résulte d'une mesure en apparence neutre mais qui génère dans les faits un préjudice disproportionné ou est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les membres d'un groupe protégé³⁵. Au moment de sa rédaction, pourtant, cette notion était déjà bien ancrée dans le droit de l'Union européenne (UE)³⁶. L'année même où le Protocole n° 12 fut ouvert à la signature, deux nouvelles directives furent adoptées par l'UE visant à combattre la discrimination à raison de la race ou de l'origine ethnique, d'une part³⁷, à raison de l'âge, du handicap, de la religion ou de l'orientation sexuelle, d'autre part³⁸, qui, toutes deux, consacrent le concept de discrimination indirecte³⁹. Mais la Cour européenne des droits de l'homme, à cette époque, n'avait pas encore reconnu cette notion. Dans l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, rendu deux mois avant l'adoption du Protocole n° 12 par le Comité des Ministres, elle avait déjà assoupli sa définition de la discrimination en reconnaissant que le droit protégé par l'article 14 n'est pas seulement méconnu lorsque des personnes placées dans une situation comparable sont, sans justification objective et raisonnable, traitées de manière différente, mais également lorsque « sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁴⁰. Mais ce n'est que l'année suivante, avec l'arrêt *Hugh Jordan c. Royaume-Uni* du 4 mai 2001, qu'elle accepte pour la première fois, sur le plan des principes, qu'une politique générale qui, dans les faits, affecte de manière disproportionnée un groupe particulier de personnes, pourrait être jugée discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable même si elle n'est pas spécifiquement dirigée contre ce groupe⁴¹. Et il faut attendre l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, pour qu'elle consacre pleinement le concept de discrimination indirecte et conclut à une violation de l'article 14 dans un tel cas de figure⁴². Le sens du concept de discrimination étant identique dans les deux textes, ces clarifications apportées par la jurisprudence dans le cadre de l'article 14 postérieurement à la rédaction du Protocole n° 12 valent aussi pour l'interprétation de l'article 1^{er} de ce protocole. La Cour a ainsi appliqué le principe selon lequel une discrimination peut résulter du fait qu'un État, sans justification objective et raisonnable, applique un traitement identique à des personnes ou groupes dont les situations

³¹ CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n°s 27996/06 et 34836/06, § 55. Cf. aussi CEDH [GC], 18 juillet 2013, *Maktouf et Damjanovic c. Bosnie-Herzégovine*, n°s 2312/08 et 34179/08, § 81.

³² CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n°s 27996/06 et 34836/06, § 56.

³³ Rapport explicatif..., *op. cit.*, § 18, citant l'arrêt CEDH, Plén., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80 et *al.*, § 72.

³⁴ Rapport explicatif..., *op. cit.*, § 19.

³⁵ Urfan KHALIQ, *op. cit.*, p. 462.

³⁶ Cette notion a d'abord été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence (cf. CJUE, 31 mars 1981, *J.P. Jenkins c. Kingsgate Ltd.*, Aff. 96/80, p. 919) avant d'être codifiée pour la première fois à l'art. 2, § 2 de la Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. En matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi, la notion de discrimination indirecte est désormais définie à l'art. 2, 1, b de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte).

³⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

³⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³⁹ Art. 2, 2, b de la Directive 2000/43 et de la Directive 2000/78.

⁴⁰ CEDH [GC], 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 44.

⁴¹ CEDH, 4 mai 2001, *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, n° 24746/94, § 154.

⁴² CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00.

sont sensiblement différentes, dans l'affaire *Selygenenko et autres c. Ukraine*, décidée sur la base de l'article 1 du Protocole n°12 : elle estime qu'en ne tenant pas compte du statut de déplacé interne des requérants dans l'application des règles régissant les élections locales, avec pour conséquence qu'ils avaient été empêchés de voter à défaut d'être enregistrés dans la localité dans laquelle ils vivaient, les autorités ukrainiennes ont commis une discrimination⁴³.

B. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROTECTION

L'article 1^{er} du Protocole n° 12 énonce deux paramètres pour définir le champ d'application de la protection qu'il établit : il interdit la discrimination dans « *la jouissance de tout droit prévu par la loi* » (§ 1) et, plus largement, dans tout acte « *d'une autorité publique quelle qu'elle soit* » (§ 2).

Le rapport explicatif apporte des précisions sur les types de situations visées par ces termes. Sont concernés en particulier les cas où une personne fait l'objet de discrimination :

- « *i. dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l'individu par le droit national;*
- ii. dans la jouissance de tout droit découlant d'obligations claires des autorités publiques en droit national, c'est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d'une certaine manière ;*
- iii. de la part des autorités publiques du fait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (par exemple, l'octroi de certaines subventions) ;*
- iv. du fait d'autres actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple, le comportement des responsables de l'application des lois pour venir à bout d'une émeute) »⁴⁴.*

Ces quatre catégories de situations ne doivent pas être vues comme relevant chacune exclusivement du premier ou du second paragraphe de l'article 1^{er}. Ces deux paragraphes « *sont complémentaires et leur portée combinée fait que tous ces quatre éléments sont couverts par l'article 1* »⁴⁵.

L'un des effets majeurs de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 est d'étendre l'interdiction de la discrimination à la jouissance de droits qui ne sont pas reconnus dans la Convention elle-même mais bien dans le droit national d'un État partie. En particulier, des discriminations en matière de droits économiques et sociaux, qui, pour la plupart, ne sont pas garantis par la Convention, peuvent être dénoncées sur la base de cette disposition si ces droits sont protégés dans l'ordre juridique de l'État concerné. Certes, grâce à une interprétation souple de l'article 14 de la Convention, la Cour a admis que, dans certaines circonstances, des allégations de discrimination dans la jouissance de certains droits économiques et sociaux peuvent être considérées comme relevant du champ de cet article. Selon sa jurisprudence, en effet, pour que l'article 14 soit applicable, il suffit que les faits en cause « *se rattachent* » à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, sans forcément révéler une violation de ce droit⁴⁶. En matière d'accès à la sécurité sociale, par exemple, elle a établi que lorsqu'une législation nationale prévoit le versement d'une prestation sociale à certaines catégories d'individus, elle génère un droit patrimonial au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, avec pour conséquence qu'une discrimination liée au versement ou non versement d'une prestation sociale entre dans le champ d'application de l'article 14 combiné à cette disposition⁴⁷. Mais dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n° 12, il n'est plus nécessaire d'établir ce lien entre les mesures critiquées et le domaine d'un droit substantiel garanti par la Convention. Il suffit de montrer qu'est en jeu un droit prévu par le droit national.

Le terme « *loi* », utilisé au premier paragraphe de l'article 1^{er} du Protocole n'est pas défini. On peut se reporter à la jurisprudence relative au mot « *loi* », tel qu'il apparaît au deuxième paragraphe des articles 8 à 11 de la Convention. La Cour a interprété cette notion de façon large, considérant qu'il devait être entendu dans son acception « *matérielle* » et non « *formelle* », y incluant à la fois des textes de rang

⁴³ CEDH, 21 octobre 2021, *Selygenenko et autres c. Ukraine*, n° 24919/16 et 28658/16, § 57.

⁴⁴ *Rapport explicatif...*, op. cit., § 22.

⁴⁵ *Ibid.*, § 23.

⁴⁶ Cf., par exemple, CEDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlström c. Suède*, n° 5589/72, § 39.

⁴⁷ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, § 41. Cf. aussi CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, §§ 37 et 42.

infralégislatif et le droit non écrit, en ce compris la jurisprudence⁴⁸. Le rapport explicatif du protocole indique par ailleurs que le terme « *loi* » peut également englober le droit international⁴⁹. À cet égard, le Royaume-Uni a exprimé la crainte que l'expression « *tout droit prévu par la loi* » ne soit interprété par la Cour comme incluant des droits reconnus dans un autre traité international que la Convention et qui n'auraient pas été incorporés par le Royaume-Uni dans son droit national⁵⁰. Une telle interprétation, cependant, paraît peu crédible. Dans le cas d'un État de tradition moniste, la Cour pourrait considérer qu'un droit garanti par un traité international auquel cet État a adhéré est « *prévu par la loi* ». Mais s'agissant d'un État présentant un système dualiste, considérer des dispositions d'une convention internationale non incorporées dans le droit national comme étant « *prévues par la loi* » de cet État, ne semble pas défendable juridiquement. Comme l'écrit un commentateur, “[r]ights ‘set forth by law’ must be intended to refer to those rights which are already a recognised part of the domestic law of a state, whether they stem from domestic legislation, an act of incorporation in a dualist state, or from an international treaty in those states of the monist tradition”⁵¹. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre la précision insérée dans le rapport explicatif, selon laquelle le fait que le terme puisse englober le droit international « *ne signifie pas que cette disposition confère à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence d'examiner le respect des règles de droit contenues dans d'autres instruments internationaux* »⁵².

L'expression « *autorité publique* », utilisée au second paragraphe de l'article 1^{er}, doit être comprise dans un sens large. Elle a la même signification qu'aux articles 8§ 2 et 10 § 1 de la Convention, précise le rapport explicatif : elle « *englobe non seulement les autorités administratives, mais également les tribunaux et les organes législatifs* »⁵³. La règle de non-discrimination s'adresse donc à l'ensemble des organes de l'État, qu'ils relèvent des pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire.

L'arrêt *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* du 22 décembre 2009 démontre l'utilité de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 et sa complémentarité par rapport à l'article 14 de la Convention. Les requérants dénonçaient l'impossibilité pour eux de se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples et à la présidence de Bosnie-Herzégovine au motif qu'ils se disaient respectivement d'origine rom et d'origine juive. Or, selon le système électoral en vigueur dans ce pays, seules les personnes déclarant une appartenance à l'un des trois « *peuples constituants* » au sens de la Constitution, à savoir les peuples bosniaque, croate et serbe, pouvaient se présenter à ces élections. Ils invoquaient à la fois l'article 14 de la Convention combiné à l'article 3 du premier Protocole, qui reconnaît le droit à des élections libres « *dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* », et l'article 1^{er} du Protocole n° 12. Pour la Cour, les élections à la Chambre des peuples entrent bien dans le champ d'application de l'article 3 du Protocole n° 1, puisque cette institution relève du « *corps législatif* », ce qui permet l'application de l'article 14 combiné avec cette dernière disposition. Mais il ne lui paraît pas évident qu'il en aille de même pour les élections à la présidence du pays. Elle juge toutefois inutile de trancher la question : le droit de se présenter aux élections présidentielles constituant un « *droit prévu par la loi* », l'article 1^{er} du Protocole n° 12 est de toute façon applicable⁵⁴.

Le gouvernement tentait de justifier le dispositif en place en rappelant qu'il résultait de l'accord conclu en 1995 pour mettre fin au violent conflit qui avait déchiré l'ex-Yougoslavie. Il soutenait qu'il restait nécessaire pour garantir la paix entre les trois principaux groupes ethniques du pays. Mais au vu des

⁴⁸ En particulier CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, n°11801/85, § 29. Cf. aussi CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, n°6538/74, § 47.

⁴⁹ Rapport explicatif..., *op. cit.*, § 29.

⁵⁰ John KISSANE, *op. cit.*, p. 99. Le représentant du gouvernement du Royaume-Uni déclare également craindre que cette formulation ne soit interprétée comme incluant des droits reconnus par des protocoles à la Convention que le Royaume-Uni n'a pas ratifiés (*idem*).

⁵¹ Urfan KHALIQ, *op. cit.*, p. 458.

⁵² Rapport explicatif..., *op. cit.*, § 29.

⁵³ Rapport explicatif..., *op. cit.*, § 30.

⁵⁴ CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n°s 27996/06 et 34836/06, § 54. Dans une affaire postérieure, dans laquelle des personnes en situation de handicap disaient avoir été empêchées, par manque d'aménagements raisonnables, de voter lors d'un référendum, d'une part, et, d'autre part, aux élections européennes, la Cour examine le grief concernant la participation au référendum sur le fondement de l'article 1 du Protocole n°12 tandis que le grief relatif à la participation aux élections européennes est analysé sur la base de l'article 14 de la Convention combiné à l'article 3 du Protocole n° 1 (CEDH, 26 octobre 2021, *Toplak et Mrak c. Slovaquie*, n° 34591/19 et 42545/19). Elle conclut dans les deux cas à l'absence de discrimination.

évolutions survenues depuis 1995, la Cour estime disproportionné le maintien d'un système entraînant l'exclusion totale des institutions politiques des membres d'autres communautés que celles qualifiées de « peuples constituants » par la Constitution. À cet égard, elle applique exactement la même analyse sous l'angle de l'article 14 de la Convention et de l'article 1^{er} du Protocole n° 12. Elle souligne que la notion de discrimination dans ces deux dispositions doit s'interpréter de la même manière et que, par ailleurs, aucune distinction pertinente ne peut être établie entre la Chambre des peuples et la présidence du pays⁵⁵. Elle conclut dès lors que l'impossibilité faite aux requérants de se porter candidats aux élections entraîne une violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole n° 1 dans le cas de la Chambre des peuples⁵⁶, et de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 pour ce qui concerne la présidence⁵⁷.

La possibilité qu'offre le protocole n°12 de dénoncer une discrimination dans la jouissance d'un droit reconnu par le droit national mais non par la Convention a été utilisée dans d'autres affaires. Ainsi, dans *Ádám et autres c. Roumanie*, les requérants, qui appartiennent à la minorité hongroise et reçoivent un enseignement en hongrois, allèguent que la manière dont l'examen de fin d'études secondaires est organisé défavorise les élèves suivant un enseignement dans une langue minoritaire, comparés aux autres élèves. La Cour, constatant que le droit roumain reconnaît aux minorités ethniques le droit de recevoir un enseignement dans leur langue maternelle, juge que l'article 1 du Protocole n°12 est applicable⁵⁸. Dans *X et autres c. Albanie*, dénonçant le manque de réaction des autorités face à une situation de ségrégation scolaire à l'encontre des enfants roms et égyptiens, les requérants se réfèrent au droit à un enseignement inclusif, reconnu par le droit albanais⁵⁹. On peut toutefois douter que l'invocation de ce droit ait été nécessaire pour permettre l'application du système de la Convention aux faits en cause. Dans des affaires antérieures portant sur des situations comparables, la Cour avait appliqué l'article 14 de la Convention combiné à l'article 2 du Protocole n°1 qui reconnaît le droit à l'instruction⁶⁰. De même, il ne semble pas que le fait que cette affaire ait été décidée sur le terrain du Protocole n° 12 ait eu un effet déterminant sur son issue : la Cour, en concluant à une discrimination, ne fait qu'appliquer des principes qu'elle a établis dans des arrêts antérieurs décidés sur la base de l'article 14 de la Convention⁶¹.

⁵⁵ CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, nos 27996/06 et 34836/06, § 56.

⁵⁶ CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, nos 27996/06 et 34836/06, § 50. Ayant abouti à cette conclusion, la Cour juge inutile d'examiner les dispositions relatives aux élections à la Chambre des peuples également sous l'angle de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 (CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, nos 27996/06 et 34836/06, § 51).

⁵⁷ CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, nos 27996/06 et 34836/06, § 56. Le système électoral en vigueur en Bosnie-Herzégovine a été à nouveau contesté sur la base de la norme de non-discrimination dans deux affaires postérieures. Dans l'affaire *Zornić c. Bosnie-Herzégovine*, la requérante se considère comme une simple citoyenne et ne souhaite pas s'auto-définir comme appartenant à l'un des « peuples constituants ». En conséquence, comme les requérants dans l'affaire *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, elle est empêchée de se présenter comme candidate aux élections à la Chambre des représentants et à la présidence. La Cour constate cette fois, dans le cas des élections à la Chambre des peuples, une violation tant de l'article 14 combiné à l'article 3 du Protocole n° 1 que de l'article 1 du Protocole n° 12, et une violation de l'article 1 du Protocole n° 12 pour ce qui concerne les élections à la présidence (CEDH, 15 juillet 2014, *Zornić c. Bosnie-Herzégovine*, n° 3681/06). Dans l'affaire *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, le requérant, qui se dit bosniaque, ne peut être candidat aux élections présidentielles du fait qu'il réside dans la Republika Srpska, l'une des deux entités du pays avec la Fédération Bosnie-Herzégovine. La Constitution prévoit que la présidence du pays est composée de trois membres appartenant chacun à l'un des « peuples constituants ». Mais les membres bosniaque et croate doivent être élus dans le territoire de la Fédération tandis que le membre serbe doit être élu au sein de la Republika Srpska. La Cour constate là aussi une discrimination, contraire à l'article 1 du Protocole n° 12 (CEDH, 9 juin 2016, *Pilav c. Bosnie-Herzégovine*, n° 41939/07). De façon intéressante, la Cour reconnaît que cette discrimination se fonde sur la combinaison de deux motifs, à savoir l'origine ethnique et le lieu de résidence. En effet, c'est parce qu'il est bosniaque et qu'il réside en Republika Srpska que le requérant ne peut se présenter aux élections présidentielles (*ibid.*, § 48). Il s'agit donc d'un cas de discrimination intersectionnelle. Sur cette notion cf. Shreya Atrey, *Intersectional Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2019; Emmanuelle Bribosia, Robin Médard Inghilterra et Isabelle Rorive, « Discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *RTDH*, n°126, 2021/2, pp. 241-274 et Oddný Mjöll ARNARDOTTIR, "Multidimensional Equality from within: Themes from the European Convention on Human Rights" in Dagmar SCHIEK and Victoria CHEGE (eds), *European Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge, 2009, pp. 53-89.

⁵⁸ CEDH, 13 octobre 2020, *Ádám et autres c. Roumanie*, nos. 81114/17 et al. § 87. La Cour conclut cependant à l'absence de discrimination.

⁵⁹ CEDH, 31 mai 2022, *X et autres c. Albanie*, nos 73548/17 et 45521/19.

⁶⁰ Cf., en particulier, CEDH, 30 mai 2013, *Lavida et autres c. Grèce*, n° 7973/10.

⁶¹ Sur la jurisprudence de la Cour relative à la ségrégation en matière scolaire, cf. not. Julie RINGELHEIM, « La discrimination dans l'accès à l'éducation : les leçons de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 105, 2016, pp. 77-96 et Edouard DUBOUT, « La Cour européenne des droits de l'homme et la justice sociale – A propos de l'égal accès à l'éducation des membres d'une minorité », *RTDH*, n° 84, 2010, pp. 987-1011.

C'est sans doute la possibilité de dénoncer une discrimination dans tout acte « *d'une autorité publique quelle qu'elle soit* » qui se révèle la plus riche en potentialités pour les requérants. La Cour en fait notamment application dans l'affaire *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*⁶². Celle-ci concernait le refus des autorités croates de conférer à des Églises protestantes évangéliques des avantages qu'elles avaient reconnus à d'autres communautés religieuses, à savoir le droit d'organiser un service d'aumônerie dans les hôpitaux ou les prisons, de dispenser une éducation religieuse dans les écoles publiques et de célébrer des mariages religieux reconnus par l'État comme équivalant aux mariages civils. Concernant la possibilité de fournir un service d'aumônerie dans les institutions médicales et pénitentiaires, la Cour constate qu'il s'agit d'un droit garanti par la loi nationale à toutes les communautés religieuses. Il s'agit donc d' « *un droit spécifiquement accordé par le droit national* », selon les termes du rapport explicatif et l'article 1^{er} du Protocole n° 12 est applicable au grief relatif à ce droit⁶³. Les deux autres avantages en cause, par contre, ne sont pas reconnus par la loi sur les communautés religieuses. Les organisations religieuses qui en bénéficient se sont vues conférer ces privilèges sur la base d'accords conclus avec le gouvernement croate. Mais à défaut de droit prévu par la loi, on est néanmoins en présence d'une allégation de discrimination « *de la part d'une autorité publique dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire* », ce qui correspond à la troisième catégorie identifiée dans le rapport explicatif. L'article 1^{er} du Protocole n° 12 est dès lors applicable à ce grief également⁶⁴.

La Cour a estimé dans des situations très diverses qu'était en jeu un « *acte d'une autorité publique* », permettant l'application du Protocole n° 12 aux faits de l'espèce. Elle a qualifié comme telle la décision d'une Cour constitutionnelle établissant une distinction entre juges et juges stagiaires dans l'octroi d'indemnités de repas, transport et séparation familiale⁶⁵ ; le choix d'un gouvernement de refuser aux champions d'échec malvoyants l'octroi de récompenses financières en principe accordées aux athlètes nationaux ayant remporté des compétitions internationales, en ce compris les joueurs d'échec valides⁶⁶ ou encore la décision d'un ministère des affaires étrangères de rappeler une diplomate en poste à l'étranger en raison de sa grossesse⁶⁷.

Par contre, dans *Merschorf et autres c. Roumanie*⁶⁸, la Cour considère que le Protocole n° 12 n'est pas applicable. Les requérants contestaient le refus des autorités roumaines de leur restituer des terrains leur ayant appartenu ou ayant appartenu à leurs parents et ayant fait l'objet d'une expropriation sous le régime communiste, au motif qu'ils n'avaient pas la nationalité roumaine. Estimant que les requérants ne peuvent se prévaloir d'aucun droit de propriété sur les terrains litigieux, la Cour juge qu'ils ne peuvent prétendre avoir un « *droit prévu par la loi* » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention⁶⁹. Mais elle ajoute, sans plus d'explication, que leur situation « *n'entre dans aucune des autres catégories mentionnées par le Rapport explicatif* »⁷⁰. Ce faisant, elle semble perdre de vue le fait que le Protocole

⁶² CEDH, 9 décembre 2010, *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*, n° 7798/08.

⁶³ CEDH, 9 décembre 2010, *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*, n° 7798/08, § 106.

⁶⁴ CEDH, 9 décembre 2010, *Savez Crkava « Rijec Zivota » et autres c. Croatie*, n° 7798/08, § 107. Ayant conclu précédemment à une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9, la Cour juge inutile d'examiner séparément s'il y a eu aussi méconnaissance de l'article 1 du Protocole n° 12 (*ibid.*, § 115).

⁶⁵ CEDH, 4 octobre 2022, *Pinkas et autres c. Bosnie Herzégovine*, n° 8701/21, §§ 52-53. La Cour constitutionnelle bosniaque avait estimé que les juges stagiaires, contrairement aux juges, ne pouvaient bénéficier de ces indemnités que pour la période postérieure à janvier 2013. La Cour conclut à une discrimination, la distinction n'étant pas justifiée.

⁶⁶ CEDH, 25 janvier 2022, *Negovanović et autres c. Serbie*, n° 29907/16 *et al.*, § 53. La Cour, estimant que la différence de traitement manque de justification objective et raisonnable, constate une discrimination. Elle observe notamment qu'il est inconcevable que le prestige d'un jeu ou d'un sport dépende de la question de savoir s'il est pratiqué par des personnes présentant ou non un handicap (*ibid.*, § 87).

⁶⁷ CEDH, 20 octobre 2020, *Napotnik c. Roumanie*, n° 33139/13. Malgré la marge d'appréciation réduite en principe reconnue aux États en cas de différence de traitement liée au sexe, la Cour conclut cette fois à l'absence de discrimination. Elle estime que l'interruption anticipée de l'affectation diplomatique de Mme Napotnik pouvait se justifier par la nécessité de maintenir la capacité fonctionnelle de la mission diplomatique et donc la protection des Roumains ayant besoin d'une assistance à l'étranger, qui pouvaient être compromis par les absences qu'entraîneraient les consultations médicales et le congé de maternité de la requérante. La Cour prend aussi en compte le fait que cette mesure n'a pas eu de conséquence négative sur la carrière à long terme de Mme Napotnik (*ibid.*, §§ 84 et 86). Pour un commentaire critique, cf. B. Önder, « Addressing Gender Discrimination at Work, Still an Important Challenge for the ECtHR in Napotnik v. Romania », 21 décembre 2020, Strasbourg Observers, <https://strasbourgothers.com/2020/12/21/addressing-gender-discrimination-at-work-still-an-important-challenge-for-the-ecthr-in-napotnik-v-romania/> (dernière visite : le 1^{er} octobre 2022).

⁶⁸ CEDH, déc., 21 mai 2013, *Merschorf et autres c. Roumanie*, n° 31918/08.

⁶⁹ CEDH, déc., 21 mai 2013, *Merschorf et autres c. Roumanie*, n° 31918/08, § 28.

⁷⁰ CEDH, déc., 21 mai 2013, *Merschorf et autres c. Roumanie*, n° 31918/08.

n° 12 n'interdit pas seulement la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi mais également « *de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit* ». La question de l'applicabilité de l'article 1^{er} à la situation en jeu aurait mérité une analyse plus étoffée⁷¹.

C. LA QUESTION DES OBLIGATIONS POSITIVES

Selon le rapport explicatif, l'objectif principal de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 est d'établir, à charge des États parties, une obligation *négative* : celle de s'abstenir de toute discrimination⁷². Le rapport n'exclut pas que cette disposition puisse générer également des obligations positives mais suggère que celles-ci resteront limitées.

La question concerne avant tout celle de savoir si, en vertu de cet article, les États parties peuvent être tenus d'agir pour combattre les discriminations commises *par des particuliers* – autrement dit, si le protocole emporte des effets horizontaux. L'enjeu est d'importance, sachant que beaucoup de discriminations dans des domaines cruciaux comme l'emploi ou le logement sont le fait de personnes privées.

Plusieurs instruments internationaux imposent aux États des obligations expresses en la matière. Aux termes de l'article 26 du PIDCP, « *la loi doit interdire la discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination* ». La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), conclues dans le cadre des Nations Unies, font toutes deux obligation aux États parties d'interdire et d'éliminer la discrimination pratiquée par des personnes, groupes ou organisations privés⁷³ ainsi que de garantir des voies de recours effectives contre les actes de discrimination fondée sur les motifs concernés par ces instruments⁷⁴. Les directives adoptées par l'UE en matière d'égalité de traitement visent les discriminations commises par les personnes privées comme par les pouvoirs publics⁷⁵.

Le Protocole n° 12, en revanche, ne comporte pas de disposition semblable. D'après le rapport explicatif, l'article 1^{er} « *ne vise pas à imposer aux Parties une obligation positive générale de prendre des mesures pour éviter tout cas de discrimination dans les relations entre particuliers ou pour y remédier* »⁷⁶. Le rapport souligne que le second paragraphe de cet article vise la discrimination commise par une « *autorité publique* » tandis que son premier paragraphe se réfère à la « *jouissance de tout droit prévu par la loi* »⁷⁷. Il n'exclut cependant pas que l'obligation d'« *assurer* » la jouissance de tout droit prévu par la loi, énoncée au premier paragraphe, puisse entraîner, dans certaines circonstances, des obligations positives. Mais il semble limiter cette hypothèse aux cas les plus aigus, dans lesquels une absence de protection, dans le droit national, contre la discrimination commise par des particuliers serait « *tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'État* »⁷⁸. Il ajoute que la portée d'une telle obligation positive serait probablement limitée⁷⁹.

Depuis l'adoption du Protocole n° 12, la Cour, sur le terrain de l'article 14 de la Convention, a reconnu que la norme de non-discrimination emportait certaines obligations positives pour les États. Dans l'arrêt *Šečić c. Croatie* du 31 mai 2007, elle établit que les autorités nationales sont tenues de prendre des mesures pour prévenir et sanctionner les violences à caractère discriminatoire, autrement dit les crimes de haine, commis par des particuliers⁸⁰. Et dans l'arrêt *Danilenkov c. Russie* du 30 juillet 2009, devant un cas de discrimination fondée sur l'appartenance syndicale commise par un employeur privé mais

⁷¹ Tout en suggérant que l'article 1^{er} du Protocole n° 12 n'est pas applicable, la Cour poursuit toutefois son analyse et affirme qu'en tout état de cause, la différence de traitement critiquée repose sur une justification objective et raisonnable (CEDH, déc., 21 mai 2013, *Merschdorf et autres c. Roumanie*, n° 31918/08, §§ 29-30).

⁷² Rapport explicatif..., *op. cit.*, § 24.

⁷³ Art. 2 § 1 d) CEDR ; art. 2 b) et e) CEDEF.

⁷⁴ Art. 6 CEDR ; art. 2 c) CEDEF.

⁷⁵ Cf. Evelyn ELLIS & Philippa WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, OUP, 2012, 2^{ème} éd., 576 p.

⁷⁶ Rapport explicatif, § 25. Naturellement, conformément à l'article 53 de la Convention, il n'en résulte pas que les États pourraient se prévaloir du Protocole n° 12 pour réduire la protection contre la discrimination qu'ils auraient mise en place en vertu d'autres obligations internationales. Cf. Rapport explicatif, § 25.

⁷⁷ *Ibid.*, § 27.

⁷⁸ *Ibid.*, § 26.

⁷⁹ *Ibid.*, § 27.

⁸⁰ CEDH, 31 mai 2007, *Šečić c. Croatie*, n° 40116/02.

tolérée par les autorités nationales, la Cour énonce que l'article 14, combiné à l'article 11, impose aux États l'obligation positive « *de mettre en place un système judiciaire qui garantisse une protection réelle et effective contre la discrimination syndicale* »⁸¹. Étant donné l'identité de signification du concept de discrimination dans les deux dispositions, ces principes doivent également s'appliquer à l'interprétation de l'article 1^{er} du Protocole n° 12.

Contrairement encore à la CEDR et à la CEDEF, l'article 1^{er} du Protocole n° 12 n'évoque pas non plus d'obligation positive, pour les États parties, de mettre en place, « *lorsque les circonstances l'exigent* », des « *mesures spéciales et concrètes* » destinées à promouvoir une égalité pleine et effective en faveur de certains groupes victimes de discrimination structurelle⁸². Le préambule du protocole se borne à indiquer que de telles mesures ne sont pas interdites par le principe de non-discrimination, pour autant qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable⁸³. Le rapport explicatif précise quant à lui que le « *protocole n'impose aucune obligation d'adopter de telles mesures* »⁸⁴. La Cour a toutefois reconnu dans sa jurisprudence relative à l'article 14, que « *dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter [une discrimination]* »⁸⁵. Elle en a déduit que face à une situation de ségrégation scolaire frappant une minorité vulnérable comme les Roms, les autorités avaient l'obligation positive de prendre des mesures adéquates pour promouvoir la déségrégation. D'abord affirmés dans le contexte de l'article 14 de la Convention, ces principes ont également été appliqués par la Cour dans une affaire décidée sur la base du Protocole n° 12, à savoir l'arrêt précité *X et autres c. Albanie*⁸⁶.

D. LES MOTIFS PROHIBÉS DE DISCRIMINATION

La liste des motifs prohibés de discrimination contenue à l'article 1^{er} du Protocole n° 12 est identique à celle figurant à l'article 14 de la Convention. Et comme dans l'article 14, cette énumération n'est pas exhaustive, débutant par le mot « *notamment* » et s'achevant par « *ou toute autre situation* ».

Durant les travaux préparatoires du Protocole n° 12, la question d'une éventuelle actualisation de cette liste a été discutée⁸⁷. Depuis la rédaction de la Convention achevée en 1950, en effet, certaines formes de discrimination, qui étaient largement ignorées à l'époque, ont été reconnues comme telles et ont fait l'objet d'une attention croissante du droit international des droits de l'homme. La Charte des droits fondamentaux de l'UE, elle aussi adoptée en 2000, s'inspire largement, dans son article 21 consacré à la non-discrimination, de la liste de l'article 14 de la Convention mais y ajoute plusieurs motifs, à savoir les caractéristiques génétiques, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle⁸⁸. Dans son avis sur le projet de protocole, l'Assemblée parlementaire avait recommandé l'ajout de « l'orientation sexuelle » parmi les motifs interdits⁸⁹. Mais les rédacteurs du Protocole n° 12 à la Convention ont préféré ne pas modifier la liste de l'article 14. Le rapport explicatif explique cette décision par deux raisons. D'abord, l'inclusion de nouveaux motifs a été jugée inutile en raison du caractère non exhaustif de la liste⁹⁰. De fait, la Cour, dans sa jurisprudence, constatant le « *caractère indicatif, et non limitatif* »⁹¹ des motifs énumérés à l'article 14, n'a pas hésité à appliquer cette disposition à des différences de traitement fondées sur des

⁸¹ CEDH, 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, n° 67336/01, § 124.

⁸² Cf. Art. 2 § 2 CEDR et art. 3 CEDEF. Sur la notion d'action positive, cf. Christopher McCrudden, *Gender-based positive action in employment in Europe. A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg, Publication office of the European Union, 2019.

⁸³ Préambule, 3^{ème} paragraphe.

⁸⁴ Rapport explicatif, § 16.

⁸⁵ Cf., not., CEDH [GC], 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n°s 65731/01 et 65900/01, § 51 et CEDH [GC], 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00, § 175.

⁸⁶ CEDH, 31 mai 2022, *X et autres c. Albanie*, n°s 73548/17 et 45521/19.

⁸⁷ Jeroen SCHOKKENBROEK, "A New European Standard against Discrimination: Negotiating Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights", in Jan NIESSEN & Isabelle CHOPIN (eds), *European Anti-Discrimination Standards and National Legislation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 74.

⁸⁸ En outre, la Charte parle de « *origines ethniques* » plutôt que de « *origine nationale* » et de « *religion ou conviction* » plutôt que de religion uniquement.

⁸⁹ APCE, avis 216(2000), *Projet de Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme*, 26 janvier 2000.

⁹⁰ *Rapport explicatif...*, *op. cit.*, § 20.

⁹¹ CEDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n°s 5100/71 *et al.*, § 72.

critères qui n’y sont pas mentionnés, notamment l’orientation sexuelle⁹² ou la nationalité⁹³. La seconde raison mise en avant dans le rapport explicatif est la crainte que l’insertion de motifs supplémentaires n’engendre « *des interprétations a contrario indésirables concernant la discrimination fondée sur des motifs non mentionnés* »⁹⁴. Autrement dit, on craignait que la décision de ne pas mentionner certains facteurs dans une liste révisée, ne soit interprétée comme le signe d’une volonté délibérée de laisser ces critères en dehors du champ d’application de l’article 1 du protocole. En pratique, la Cour a appliqué sans difficulté l’article 1 du Protocole n°12 à des motifs non expressément mentionnés dans la liste qu’il contient, comme la grossesse (qu’elle assimile au critère du sexe)⁹⁵, le handicap⁹⁶ ou le statut de déplacé interne⁹⁷.

CONCLUSION

L’article 1^{er} du Protocole n° 12 permet de corriger la limitation inhérente à l’article 14 de la Convention en conférant à la norme de non-discrimination dans le système de la Convention une portée générale et indépendante de ses autres dispositions. Cet article ne modifie pas, en revanche, la notion même de « discrimination » au sens de la Convention ni la liste des motifs prohibés. Il n’apporte pas non plus de précision quant à l’existence d’éventuelles obligations positives découlant de la règle de non-discrimination.

L’entrée en vigueur de ce protocole n’a eu, jusqu’à présent, qu’un effet limité sur la jurisprudence de la Cour. Cette situation peut en partie s’expliquer par le fait qu’un peu plus de la moitié des États membres du Conseil de l’Europe n’ont pas encore ratifié ce texte. Par ailleurs, l’interprétation de plus en plus souple par la Cour, dans le cadre de l’article 14, du lien exigé entre la discrimination alléguée et la jouissance d’un droit ou d’une liberté garanti par la Convention, a réduit l’utilité du Protocole n° 12 – sans l’annuler pour autant. On aurait pu s’attendre néanmoins à ce que, dans les affaires de discrimination concernant des États parties au protocole, la Cour donne priorité, dans son analyse, à l’article 1^{er} du Protocole n° 12 sur l’article 14. Or, ce n’est pas ce que l’on constate. Lorsqu’un requérant allègue à la fois la violation de l’article 14 combiné avec un autre article de la Convention et la méconnaissance de l’article 1^{er} du Protocole n° 12, la Cour, souvent, commence par examiner les faits sous l’angle de l’article 14 et lorsqu’elle conclut à sa violation, juge inutile de se pencher aussi sur l’article 1^{er} du Protocole n° 12⁹⁸. En procédant de la sorte, elle semble considérer que ce protocole n’a d’intérêt qu’en cas d’inapplicabilité de l’article 14⁹⁹. De manière générale, on peut observer que l’article 1^{er} du Protocole n° 12 n’a pour l’instant pas produit les bouleversements redoutés par certains et espérés par d’autres.

⁹² CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 28 (discrimination dans l’attribution de la garde d’un enfant après divorce).

⁹³ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, § 41.

⁹⁴ *Rapport explicatif...*, *op. cit.*, § 20.

⁹⁵ CEDH, 20 octobre 2020, *Napotnik c. Roumanie*, n° 33139/13, § 77.

⁹⁶ CEDH, 25 janvier 2022, *Negovanović et autres c. Serbie*, n° 29907/16 *et al.* et CEDH, 26 octobre 2021, *Toplak et Mrak c. Slovénie*, n° 34591/19 et 42545/19.

⁹⁷ CEDH, 21 octobre 2021, *Selygenenko et autres c. Ukraine*, n° 24919/16 et 28658/16.

⁹⁸ Cf., par exemple, CEDH [GC], 22 décembre 2009, *Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, nos 27996/06 et 34836/06, § 51 (concernant les élections à la Chambre des peuples) ; CEDH, 12 avril 2016, *M.C. et A.C. c. Roumanie*, n° 12060/12, § 126 (absence d’enquête effective sur une agression potentiellement homophobe) et CEDH, 4 février 2021, *Jurčić c. Croatie*, n° 54711/15, § 88 (discrimination liée à la grossesse).

⁹⁹ Lucy CLARIDGE, “Protocol 12 and Sedjić and Finci v Bosnia and Herzegovina: a missed opportunity?”, *EHRLR*, 2011, pp. 82-91.