



Au-delà de l'égalité formelle

L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE



Commission européenne

Au-delà de l'égalité formelle

L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE

Prof. Dr Marc De Vos
Université de Gand
Membre du barreau de Bruxelles

Commission européenne

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

Manuscrit terminé en juin 2007

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 le Prof. Dr Marc De Vos 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
office@humanconsultancy.com
http://www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group
Rue Belliard 205,
Box 1
B-1040 Bruxelles
Tél. (32-2) 230 59 30
Fax (32-2) 280 09 25
info@migpolgroup.com
http://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 de politiques antidiscrimination efficaces et appropriées dans l'ensemble de l'Union des Vingt-cinq, de l'Association européenne de libre-échange (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/<http://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>).

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

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008

ISBN 978-92-79-06380-0

© Communautés européennes, 2008

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Printed in Belgium

Table des matières

Synthèse	5
I. Introduction et structure	7
II. Action positive, égalité et discrimination dans le droit communautaire	9
2.1. Sur l'égalité	10
2.2. Sur l'action positive	11
2.3. Discrimination positive et discrimination justifiable	12
2.4. Action positive et discrimination indirecte	13
III. Action positive et discrimination de genre	17
3.1. Article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement	18
3.2. Action positive et discrimination positive	18
3.3. Nature facultative, contenu objectif et but	18
3.4. L'évolution vers un test de proportionnalité	20
3.5. Article 141, paragraphe 4, du traité CE	22
3.5.1. Observations textuelles	22
3.5.2. Jurisprudence de la CJCE	23
3.6. L'acquis antérieur aux directives 2000/43/CE et 2000/78/CE	24
IV. L'action positive et les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE	27
4.1. Analyse générale	28
4.2. La relation avec l'acquis en matière de genre	29
4.3. Dispositions pour les personnes handicapées	32
4.4. Action positive et «aménagements raisonnables»	33
4.5. Action positive et «exigences professionnelles essentielles»	34
V. Pratiques d'action positive dans les États membres	37
5.1. Tour d'horizon sélectif des dispositions constitutionnelles et légales	38
5.2. Exemples de mesures générales d'action positive tirés de tous les États membres	41
5.2.1. Race et origine ethnique, notamment les Roms et d'autres minorités nationales	41
5.2.2. Handicap	43
5.3. Mesures d'action positive motivées par la religion en Irlande du Nord	46
5.4. Quotas de personnes handicapées	46
VI. Références internationales en matière de droits de l'homme	51
6.1. Droits de l'homme, droit communautaire et directives de 2000	52
6.2. L'action positive dans le droit européen en matière de droits de l'homme	52
6.2.1. Article 14 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH)	52
6.2.2. Le protocole n° 12	53
6.2.3. La charte sociale européenne	54
6.2.4. Conclusions	56
6.3. L'action positive ou les «mesures temporaires spéciales» dans le droit international relatif aux droits de l'homme	56
6.3.1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)	57
6.3.2. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pidesc)	58
6.3.3. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEFD)	58
6.3.4. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEFDR)	60
6.3.5. Autres conventions internationales	60
6.3.6. Conclusions	61
VII. Références dans le domaine du droit comparatif	63
7.1. États-Unis d'Amérique	64
7.1.1. Admissions à l'université	64
7.1.2. Emploi dans le secteur privé	65
7.1.3. Programmes gouvernementaux	66
7.2. Canada	66
7.2.1. Législation	66
7.2.2. Jurisprudence	67
VIII. Conclusions générales	69
Bibliographie	73

Helen | 1989

Synthèse

La présente étude est centrée sur le concept d'«action positive» dans la directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et dans la directive-cadre 2000/78/CE en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Elle vise à établir la relation existant entre ce concept et le droit communautaire général relatif à l'égalité ainsi que l'*acquis* de l'action positive dans le domaine de l'égalité de genre, tout en intégrant la dimension internationale des droits de l'homme et le droit comparatif sélectif. Plusieurs conclusions sont tirées de cette étude.

Confusion terminologique: la diversité des mesures possibles n'est pas rendue par la simple expression d'«action positive». Il existe une tendance peu utile à réduire l'«action positive» à certains processus controversés, voire discriminatoires. Il y a de nombreuses possibilités de mener *une action positive réelle et efficace qui n'entre pas en conflit avec l'égalité formelle et la non-discrimination*. À cet égard, l'action positive ne doit pas nécessairement être la pomme de discorde politique qu'elle est devenue. Le présent rapport traite pour l'essentiel de la partie visible de l'iceberg (on aimerait connaître la partie cachée... même si le rapport n'en parle pas): les questions de délimitation entre l'égalité formelle, la non-discrimination et l'action positive.

Évolution vers une norme commune d'examen: en droit communautaire, l'action positive considérée comme discrimination reste une exception au principe de l'égalité formelle. Malgré de légères différences textuelles entre les sources juridiques, la description de cette exception se fait de plus en plus au travers du prisme commun de la *proportionnalité*. Dans le cadre de la proportionnalité, la «discrimination positive» peut être acceptable si elle vise un but légitime et reste dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre ce but, *en conciliant autant que possible le principe de l'égalité de traitement avec les exigences du but poursuivi*. Ce test de la proportionnalité fait partie de l'*acquis communautaire* en matière de genre et a été maintenu par les directives adoptées en 2000. Toutefois, le champ d'application de ces directives pourrait repousser les frontières de l'action positive, étant donné la flexibilité de normes générales telles que la «légitimité» et la «proportionnalité».

Le droit de la discrimination fondée sur un handicap est une catégorie à part entière: la directive-cadre prévoit des *dispositions spéciales* pour les personnes handicapées, qui peuvent inclure des quotas formels. Les *aménagement raisonnables* imposent une action positive personnalisée dans le domaine de l'emploi et, par conséquent, s'écartent de la nature normalement facultative et collective de l'action positive dans le droit communautaire. Alors que de nombreux États membres mettent en place des systèmes de quotas pour les personnes handicapées, la flexibilité interne de ces systèmes a souvent pour effet d'en limiter l'impact pratique, en particulier dans le secteur privé.

Les droits de l'homme fournissent plus des orientations politiques que des perspectives juridiques: la *convention européenne des droits de l'homme*, son protocole n° 12, et la *charte sociale européenne* tolèrent conditionnellement plutôt qu'elles n'exigent l'action positive dans l'application matérielle des clauses de non-discrimination qui n'évoquent pas de façon explicite des mesures d'action positive. À ce titre, leur cadre de référence est remarquablement analogue à celui de la Communauté européenne. La focalisation de la *charte sociale* sur la non-discrimination effective découle pour l'essentiel d'une interdiction de toute discrimination indirecte qui est également présente dans le droit communautaire. Toutefois, les *normes internationales en matière de droits de l'homme* voient, à divers degrés, l'action positive sous la forme de «mesures temporaires spéciales» comme une partie intégrante d'un concept d'égalité substantielle. Cette interprétation peut implicitement et, à l'occasion, même explicitement se traduire par une action positive contraignante qui va au-delà de la norme facultative de la Communauté.

Diversité des sources juridiques de l'action positive: le cadre juridique national de l'action positive associe des éléments des droits de l'homme au niveau tant international qu'europpéen du droit communautaire européen ainsi que du droit national, y compris fréquemment du droit constitutionnel national. Cette complexité juridique s'accroît encore par la diversité des mesures pouvant être qualifiées d'«action positive». Mélange résultant de toutes ces composantes, la réalité de l'égalité a donc des significations différentes dans les divers États membres de l'Union européenne.

Abramo | 1985

Chapitre I – Introduction et structure ⁽¹⁾

1. L'«action positive», en particulier dans le domaine du genre, est une question qui pose problème depuis plusieurs décennies. Aux niveaux sociétal et politique, elle divise fortement ses opposants et ses partisans, qui prétendent tous défendre une société véritablement égale. Du point de vue juridique, l'expérience acquise par la Communauté européenne en matière d'action positive a été parfois agitée, toujours controversée, surtout au gré des interprétations en va-et-vient de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

La profusion de dispositions relatives à l'égalité découlant de la directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive-cadre «emploi» 2000/78/CE coïncide avec une évolution démographique de toute l'Union européenne (UE) vers des sociétés interculturelles et multiethniques. Cette double évolution a accéléré le débat sur l'action positive et souligné la nécessité de la doter d'un cadre juridique clair.

2. La présente étude thématique a pour objet principal d'explorer l'interaction entre la législation sur la non-discrimination de la Communauté et la possibilité donnée à l'action positive par les directives adoptées en 2000. À cet effet, elle commence par une introduction conceptuelle à l'action positive, à l'égalité et à la discrimination dans le droit communautaire (chapitre II). Nous analyserons ensuite la place de l'action positive dans les questions de genre afin de mieux comprendre ce qu'était l'*acquis* avant l'adoption des directives de 2000 (chapitre III). Cette analyse nous servira de base pour étudier plus en détail ces directives à proprement parler (chapitre IV). La strate supérieure du droit communautaire est complétée par une vue d'ensemble sélective des expériences des États membres en matière d'action positive (chapitre V), suivie de la dimension internationale de l'action positive dans les instruments des droits de l'homme (chapitre VI). Nous concluons l'étude par un regard comparatif de l'autre côté de l'Atlantique, qui nous permettra d'analyser l'expérience nord-américaine et canadienne dans le domaine de l'action positive (chapitre VII).

(¹) Je tiens ici à exprimer ma reconnaissance à M. Sébastien Thomas (Collège d'Europe et associé chez Ashurst, Bruxelles) et à M. Filip Van Overmeiren (université de Gand) pour leurs recherches préparatoires, à MM. Geert Goedertier et Yves Haeck pour leurs commentaires sur la partie consacrée aux droits de l'homme, et à M. Christopher McCrudden (université d'Oxford), M^{me} Lisa Waddington (université de Maastricht), M. Álvaro Oliveira et M^{me} Fiona Kinsman (Commission européenne) pour leurs remarques constructives émises au moment d'achever la présente étude. Les avis émis et les erreurs commises ne proviennent que de moi.

Lydia | 1987

Chapitre II

Action positive, égalité et discrimination dans le droit communautaire

2.1. Sur l'égalité

3. L'histoire du droit de la Communauté européenne en matière d'égalité et de non-discrimination correspond essentiellement à un développement organique progressif qui s'est effectué au travers d'une collection sans cesse croissante de jurisprudences et de législations secondaires en l'absence de tout cadre conceptuel général. Depuis plusieurs décennies, divers auteurs essaient de combler ce vide théorique et d'élaborer un modèle d'égalité adéquat en puisant des exemples internationaux ou historiques ou en se rabattant sur des disciplines alternatives telles que l'éthique, la philosophie ou la sociologie. Aucune de ces tentatives académiques n'a jamais vraiment atteint son objectif. Si un tel exercice est en effet impossible, c'est en raison de la diversité chaotique et de la dynamique du sujet, mais aussi à cause de l'éternel débat sociétal et scientifique sur ce qui constitue la «justice» et l'«égalité».

En simplifiant, on peut discerner deux grands modèles d'égalité et de protection juridique de l'égalité. D'un côté, il existe une approche «formelle», «libérale» ou «symétrique» qui est fondée sur la «justice individuelle» et le «principe du mérite». Ce modèle est centré sur l'égalité pour les personnes, la neutralité formelle et la justice procédurale. D'un autre côté, il y a l'approche «substantielle», «asymétrique» ou de «justice de groupe». À divers degrés, ce modèle se centre sur les caractéristiques et (dés)avantages du groupe, l'impact du groupe, les résultats effectifs, l'égalité substantielle et les réalisations souhaitées. Quelque part entre ces deux pôles se trouve le moyen terme de l'«égalité des chances», qui combine des éléments des deux premières approches (²).

4. Le droit communautaire européen relatif à l'égalité et à la non-discrimination ne peut être résolument classé dans l'une de ces catégories, cela notamment en raison du rôle variable de l'égalité dans les divers domaines du droit communautaire [Burca (de), p. 13 et suiv.; McCrudden, 2003, p. 3-6]. Malgré cette variation, la Cour de justice des Communautés européennes, depuis plus de quarante ans, définit régulièrement la discrimination comme «l'application de règles différentes à des situations comparables ou l'application de la même règle à des situations différentes» (³). Cette définition est vue comme la manifestation d'une approche formelle et procédurale de l'égalité, conforme aux principes économiques fondamentaux de l'Union européenne [Barnard, p. 333; Burca (de), p. 24-29]. Le premier principe de cette définition favorise en effet de façon formelle l'égalité de traitement dans des situations comparables, quelle qu'en soit la résultante. De ce point de vue, l'accent principal du droit communautaire en matière d'égalité repose sur l'*égalité formelle* (Tobler, p. 26-28; Wentholt, p. 53-55). Le second principe de la définition citée met formellement en question l'application de règles égales à des groupes différents et a donc trait à une approche plus substantielle qui intègre la conséquence de l'application de règles pour un groupe défavorisé.

L'égalité formelle présente trois grandes faiblesses: elle nécessite une comparaison avec un comparateur pour établir la discrimination, elle est essentiellement passive et statique et n'assure aucun résultat particulier et elle néglige les dimensions collectives inhérentes de l'inégalité telles que l'appartenance à un groupe, l'inégalité enracinée ou les réalités sociétales (Barnard, p. 334-335; Wentholt, p. 56-58). L'égalité substantielle remédie à un grand nombre de ces faiblesses: elle ne nécessite pas de comparateur, elle met l'accent sur les résultats et elle tient compte des dimensions de groupe. Une approche purement substantielle comporte toutefois un risque: remplacer la qualité par la quantité tout en renforçant les divisions ou en réintroduisant une inégalité individuelle par une

(²) Pour une vue d'ensemble et une analyse de ces diverses approches, voir entre autres: Barret, G., «Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law», dans Eeckhout, P., et Tridimas, T. (éd.), *Yearbook of European Law 2003*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 117-153; Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting on inequalities in European equality law», *European Law Review*, n° 28, 2003, p. 349-369; Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1-26; Fullinwider, R., *The Reverse Discrimination Controversy*, Rowan and Littlefield, 1980.

(³) Voir par exemple: affaire 13/63, *Gouvernement de la République italienne contre Commission de la Communauté économique européenne*, Recueil 1963, p. 165; affaire 283/83, *Racke contre Hauptzollamt Mainz*, Recueil 1984, p. 3791; affaire C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacker*, point 259, Recueil 1995, p. I-225; affaire T-10/93, *A contre Commission*, Recueil 1994, p. II-179; affaire C-137/00, *Milk Marque and National Farmers' Union*, Recueil 2003, p. I-7975; affaire C-304/01, *Espagne contre Commission*, Recueil 2004, p. I-7655.

porte arrière. Une preuve de la créativité intellectuelle de la CJCE et de la flexibilité de la Communauté européenne est apportée par le fait que le droit communautaire ait été capable de remédier aux défauts de l'égalité formelle sans abandonner celle-ci ni la justice individuelle qu'elle représente:

- le comparateur a quasiment disparu avec l'interdiction de la discrimination potentielle;
- les résultats et les dimensions collectives sont entrés dans le cadre avec l'interdiction de la discrimination indirecte et une stratégie couramment appelée *action positive*.

L'action positive est donc associée à une notion de l'égalité plus substantielle, fondée sur les résultats. Puisqu'en même temps le droit communautaire intègre l'égalité formelle dans sa définition essentielle de la discrimination, la combinaison qui en résulte constitue en effet un acte d'équilibre. Ce mélange de forme et de substance place le concept d'égalité de la Communauté européenne dans le moyen terme de l'«égalité des chances», une zone grise dotée de peu de rapports conceptuels où l'action positive est vue comme contribuant à l'*égalité des chances effective pour les personnes comme pour les groupes* (Barnard, p. 338; Strauss, p. 51-64; Tobler, p. 31-34).

Tout en sachant que la distinction entre égalité formelle et substantielle est, du point de vue conceptuel, importante pour les besoins de la présente étude et qu'elle y sera maintenue, elle est donc pour l'essentiel une construction scientifique réalisée sur un corpus de droit communautaire qui défie la classification manichéenne. Le droit communautaire combine et équilibre des éléments tant formels que matériels. La présente étude ambitionne de *tracer une ligne juridique* qui équilibre l'égalité formelle et la justice individuelle, d'une part, avec l'égalité substantielle et la justice de groupe, à travers l'action positive, d'autre part.

2.2. Sur l'action positive

5. Pour les besoins de la présente étude, l'action positive est donc considérée comme *un processus d'introduction d'une approche dynamique, orientée sur les résultats, qui internalise les dimensions de groupe pour en faire un modèle d'égalité formelle tout aussi statique et individuel*.

L'action positive a comme dénominateur commun l'ambition de modifier la représentation du groupe dans un environnement donné, mais elle peut être conduite de nombreuses façons. En partant de la classification établie par McCrudden (1986, p. 223-225), on peut identifier plusieurs catégories d'intensité croissante:

- L'examen, l'identification et l'éradication délibérés de toute pratique impliquant une discrimination ou une distorsion. Cette attitude, qu'on pourrait qualifier d'«équité positive», peut se traduire par une *intégration systématique dans les politiques et pratiques*.
- Les *politiques ciblées d'apparence neutre* qui cherchent à accroître la proportion de membres du groupe sous-représenté en appliquant des critères non ouvertement discriminatoires, par exemple en se focalisant sur une région géographique ou sur les demandeurs d'emploi.
- Les *programmes d'approche* qui recourent à l'appartenance à un groupe et cherchent à accélérer l'inclusion du groupe sous-représenté, soit par un *soutien ciblé* (information, formation, éducation, publicité, création de groupes de pression, etc.), soit par une *sensibilisation ciblée*. On pourrait appeler cette politique la «mobilisation positive».
- Les *politiques de diversité d'apparence partielle* qui s'efforcent à accroître la proportion de membres de groupes sous-représentés en poursuivant des objectifs «doux» qui ne relèvent pas d'un véritable traitement préférentiel.
- Les *programmes d'aménagements* qui cherchent à réduire les barrières en offrant des aménagements *personnels* aux membres de certains groupes, et qui combinent donc les considérations de groupe au mérite personnel.

- Le *traitement préférentiel à proprement parler*, qui fonctionne par discrimination inversée, en favorisant les membres du groupe sous-représenté par rapport aux membres du groupe dominant.
- La *redéfinition du «mérite»*, qui fait de l'appartenance à un groupe une qualification pertinente pour un emploi donné. Il s'agit en réalité d'une proposition théorique ⁽⁴⁾.

Indépendamment de la substance de l'action positive, *l'auteur* ou *l'origine* de celle-ci peut aussi varier. L'action positive peut être organisée ou soutenue par l'État ou une autorité gouvernementale, elle peut résulter d'une décision prise par des acteurs publics ou privés tels que des entreprises, ou elle peut être imposée comme mesure correctrice par les tribunaux de certaines juridictions. Alors que le *but* de l'action positive peut varier à l'infini, il importe d'établir une distinction entre *l'action positive rétrospective*, qui vise à compenser les discriminations passées, et *l'action positive prospective* et proactive, qui recherche une justice redistributive.

6. La typologie présentée ci-dessus ne devrait en aucune façon être interprétée de façon formaliste. L'important consiste à apprécier l'immense diversité des processus d'«action positive». Cette diversité nous permet de tirer deux conclusions importantes dans le cadre du présent rapport.

La première de ces conclusions est l'existence d'une *confusion terminologique*. La diversité des mesures possibles n'est pas rendue par la simple expression d'«action positive». Il existe une tendance peu utile à réduire l'«action positive» à certains processus controversés, voire carrément discriminatoires. Il faut également se garder de simplement assimiler l'«action positive» européenne à l'«action affirmative» nord-américaine et canadienne ou au concept de «mesures temporaires spéciales», qui relève du domaine des droits de l'homme. Ces concepts sont bien sûr largement similaires et, partant, potentiellement utiles, mais ils émanent tous de leur propre contexte juridique et sociétal.

La seconde conclusion est qu'il y a bien assez de possibilités de mener *une action positive réelle et efficace qui n'entre pas en conflit avec l'égalité formelle et la non-discrimination*. À cet égard, l'action positive ne doit pas nécessairement être la pomme de discorde politique qu'elle est devenue. Le présent rapport traite de la partie visible de l'iceberg: les questions de délimitation entre l'égalité formelle, la non-discrimination et l'action positive.

2.3. Discrimination positive et discrimination justifiable

7. Selon l'approche de l'égalité formelle suivie par la Communauté européenne, la discrimination repose sur un traitement différencié, dans une situation comparable, qui a un lien causal avec un motif interdit. Les mesures d'action positive qui mettent effectivement en place un tel traitement différencié constituent ainsi une discrimination et deviennent de la *discrimination positive*. Cette dernière est parfois qualifiée de discrimination «bienveillante» ou «inversée», dans le sens que l'accent positif mis sur l'égalité substantielle rend cette discrimination bienveillante ou tente d'inverser une situation bien enracinée dans l'histoire.

Toutefois, un motif «négatif» ou une intention «négative» ne sont pas une condition préalable de la discrimination dans un concept d'égalité formelle qui favorise la neutralité et, par conséquent, définit la discrimination à travers des *comparaisons objectives* et un lien *causal objectif* entre le traitement contesté et la caractéristique protégée (Bayart, p. 281-284; Ellis, 2005, p. 103). Quelle que soit sa nature «positive» ou «bienveillante», la discrimination reste donc, au regard du droit communautaire, de la discrimination pour le principe. La question devient donc ceci: dans quelle mesure le droit communautaire est-il prêt à tolérer la discrimination «positive» à *titre d'exception*?

⁽⁴⁾ Cette catégorie revient à un traitement préférentiel à proprement parler, à moins que l'appartenance au groupe ne constitue une véritable exigence professionnelle, auquel cas son introduction délibérée pour des raisons d'égalité est théorique.

En tant que discrimination nécessitant une justification, la discrimination positive occupe une position analogue à d'autres formes de discrimination qui sont potentiellement justifiables à titre d'exception au regard du droit communautaire. C'est le cas en particulier de la justification des différences de traitement motivées par l'âge, permises par l'article 6 de la directive-cadre 2000/78/CE. L'interprétation de celle-ci, comme elle a été entreprise lors de la récente affaire *Mangold*, peut éclairer les limites de la discrimination positive mais ne peut, en soi, les déterminer. L'action positive est une catégorie propre, avec un contexte spécifique et une base légale spécifique qui nécessite un examen indépendant. Les résultats de cet examen peuvent être analogues ou non à ceux de l'examen d'une autre discrimination justifiable, mais ils resteront les résultats d'une action positive.

Dans le même ordre d'idées, les limites de l'action positive en elle-même ne seraient pas effacées par l'éventualité d'un principe général et ouvert de non-discrimination que certains observateurs considèrent comme implicite dans le raisonnement de la CJCE concernant l'affaire *Mangold* ⁽⁵⁾. La reconnaissance d'un tel principe constituerait assurément une possibilité complémentaire de discrimination justifiable comme exception au principe d'égalité formelle, et une possibilité susceptible de servir dans les cas d'action positive. Néanmoins, les limites de l'action positive en tant que concept particulier nécessiteraient encore une analyse spécifique.

8. La «discrimination» positive sans justification ne peut, bien sûr, être déduite du seul traitement différencié. Selon le droit communautaire, toute plainte qui déduit une discrimination d'un traitement différencié part de l'hypothèse que la victime supposée se trouve dans une situation *suffisamment comparable* à celle du bénéficiaire. Une plainte pour discrimination introduite en vertu du modèle d'égalité formelle de la Communauté requiert en effet un *comparateur*, qu'il soit réel ou potentiel (Fredman, 2002, p. 95 et 109; Barnard, p. 334). Par conséquent, il ne peut y avoir de conflit avec la loi sur l'égalité si la mesure d'action positive en cause n'est pas dotée du comparateur nécessaire.

Ce principe qui va de soi a été illustré dans l'affaire *Abdoulaye*. Il a été demandé à la CJCE si le principe de l'égalité des rémunérations contenu dans ce qui est maintenant l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne (traité CE) empêchait le paiement d'une *somme forfaitaire exclusivement aux salariées prenant un congé de maternité*. La Cour a reconnu que l'interdiction de la discrimination en matière de rémunérations n'empêchait pas un tel paiement si les travailleurs hommes et femmes se trouvent effectivement dans des situations différentes en raison des désavantages professionnels concrets inhérents au congé de maternité, désavantages que le paiement de cette somme est censé compenser. Comme toujours, il appartient au tribunal national de déterminer si tel est bien le cas ⁽⁶⁾. L'affaire *Abdoulaye* montre qu'une approche formelle de l'égalité n'est pas non plus dénuée de mérites matériels.

2.4. Action positive et discrimination indirecte

9. La discrimination indirecte déduit la discrimination contre une personne de *l'impact factuel* (effectif ou potentiel) d'un critère, une disposition ou une pratique utilisée à l'encontre du *groupe* dont fait partie cette personne ⁽⁷⁾. À cet égard, l'action positive et l'interdiction de la discrimination indirecte insistent toutes deux sur la substance plutôt que la forme, et sur le groupe plutôt que la personne (Fredman, 2002, p. 115; Tobler, p. 25). Outre cette similitude conceptuelle, la relation entre la discrimination indirecte et l'action positive est, pour l'essentiel, de deux ordres.

⁽⁵⁾ Affaire C-144/04, *Mangold*, point 75, Recueil 2005, p. I-9981. Pour une analyse, voir entre autres: Muir, E., «Enhancing the effects of Community law on national employment policies: the Mangold case», *European Law Review*, n° 31, 2006, p. 879; Schiek, D., «The ECJ Decision in *Mangold*: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Legislation», *Industrial Law Journal*, n° 35, 2006, p. 329.

⁽⁶⁾ Affaire C-218/98, *Abdoulaye*, points 16-20, Recueil 1999, p. I-5723.

⁽⁷⁾ Cette déduction fonctionne comme une *présomption de discrimination* qui peut être justifiée.

10. *Premièrement*, l'interdiction de la discrimination indirecte par la Communauté ne suppose *pas* une obligation générale d'action positive pour éviter l'impact disproportionné de critères, dispositions ou pratiques apparemment neutres. Ce fait a été catégoriquement souligné par la CJCE dans l'affaire *Bilka*. La Cour devait déterminer si l'ancien article 119 du traité CE sur la discrimination en matière de rémunérations (l'actuel article 141) *obligeait* l'employeur à tenir compte de l'impact des responsabilités familiales sur les travailleuses. Elle a sommairement écarté la question de l'action positive obligatoire en ces termes:

«une obligation du type de celle évoquée par [...] dépasse le champ d'application de l'article 119 et ne trouve, dans l'état actuel du droit communautaire, aucun autre fondement dans ce droit» ⁽⁸⁾.

Ce rejet désinvolte de la Cour est compréhensible. Il est de l'essence de la discrimination indirecte qu'un tel impact ne soulève qu'une présomption de discrimination, qui peut alors être contrée par une justification objective répondant aux exigences de proportionnalité. Toute supposition d'action positive obligatoire axée sur cet impact au travers de l'interdiction de toute discrimination indirecte sort donc clairement du champ d'application de cette interdiction.

Toutefois, dans la mesure où le droit communautaire *interdit toute discrimination indirecte injustifiable*, il exige effectivement que l'on évite ce type de discrimination. Par conséquent, une obligation limitée d'action positive est implicite dans toute interdiction de discrimination indirecte. En tout état de cause, il est clair que la simple existence de l'interdiction de discrimination indirecte est susceptible d'induire une sensibilisation et, partant, une action positive proactive chez les acteurs qui seront naturellement enclins à éviter le risque de discrimination indirecte au sein de leur organisation. C'est pourquoi les économistes assimilent souvent l'interdiction de discrimination indirecte à des quotas passifs ou implicites (Fryer et Loury, p. 3-4).

11. *Deuxièmement*, une mesure d'action positive qui, pour le groupe défavorisé, ayant un impact disproportionné caractéristique d'une discrimination indirecte, constituera d'elle-même et par présomption un cas de discrimination indirecte. Nous sommes alors en présence d'une discrimination positive *indirecte* inversée, dont la justification, comme pour tout cas de discrimination indirecte, dépend du test traditionnel du but légitime et de la proportionnalité.

C'est là l'enseignement tiré de l'affaire *Schnorbus*, dans laquelle la CJCE a dû juger une disposition nationale qui accordait la priorité pour l'admission à la fonction publique aux personnes ayant effectué le service obligatoire ou civil. La Cour a rapidement établi que cette mesure d'action positive constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe puisque, en vertu de la législation nationale applicable, les femmes n'étaient pas tenues d'effectuer un service militaire ou civil. La Cour a poursuivi son examen de ce traitement préférentiel et l'a accepté, en soulignant à la fois sa durée limitée et son but consistant à compenser les effets du retard subi dans la formation des candidats qui avaient dû effectuer un service militaire ou civil ⁽⁹⁾.

Dans le même ordre d'idées, dans les affaires *Badeck* et *Abrahamsson*, la CJCE a reconnu que l'action positive pouvait être organisée en filtrant les critères de sélection de façon à favoriser les femmes en général, même si ces critères sont formulés en termes neutres du point de vue du genre et qu'ils peuvent donc bénéficier aux hommes aussi. Dans l'analyse finale, l'action positive en cause a été rejetée parce que ses critères n'avaient pas été clairement conçus pour empêcher ou compenser les difficultés professionnelles du groupe favorisé (voir le point 17) ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Affaire 170/84, *Bilka*, Recueil 1986, p. 1607.

⁽⁹⁾ Affaire C-79/99, *Schnorbus*, Recueil 2000, p. I-10997.

⁽¹⁰⁾ Affaire C-158/97, *Badeck*, Recueil 1999, p. I-1875; affaire C-407/98, *Abrahamsson*, Recueil 2000, p. I-5539.

Bien que ces affaires aient eu des résultats différents, elles démontrent toutes la volonté de la CJCE de considérer le but d'une mesure d'action positive prise par un État membre comme une justification possible de sa discrimination indirecte. De ce point de vue, la nature «positive» de la discrimination, tout en ne pouvant exclure la nature discriminatoire de la mesure, peut aider à la justifier. Notons que les trois affaires évoquées concernent une discrimination indirecte induite par le fonctionnement d'un système public.

Peter | 1962

Chapitre III

Action positive et discrimination de genre

3.1. Article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement

12. La première disposition de la législation communautaire dans le domaine des mesures d'action positive fondées sur le genre était l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207/CEE relative à l'égalité de traitement, dont la formulation originale était comme suit:

«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^{er}, paragraphe 1*» (italiques ajoutés).

3.2. Action positive et discrimination positive

13. Depuis sa jurisprudence la plus ancienne, la CJCE a reconnu que cet article 2, paragraphe 4, pouvait servir de base non seulement pour de pures mesures d'action positive ne revenant pas à un traitement préférentiel qui interfère avec l'égalité formelle (voir le point 5), mais aussi pour des mesures apparemment discriminatoires. Dans l'affaire *Commission contre France*, la CJCE a arrêté que:

«l'exception prévue par l'article 2, paragraphe 4, a pour *but précis et limité* d'autoriser des mesures qui, *tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait* pouvant exister dans la réalité de la vie sociale»⁽¹¹⁾.

Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour a continué à mettre en contraste la discrimination positive avec l'égalité formelle, en considérant l'autorisation potentielle de pratiquer la première comme un élément d'une «conception partiellement restreinte» de la seconde. L'article 2, paragraphe 4, vise:

«à *déboucher sur une égalité substantielle et non formelle* en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale»⁽¹²⁾.

La CJCE maintient donc fermement l'égalité formelle comme le principe fondamental du droit communautaire relatif à la discrimination, en n'autorisant la discrimination inversée que comme son exception au titre du concept contrasté d'égalité substantielle (voir les points 4 et 7). L'histoire de la jurisprudence est la découverte progressive des limites de cette exception.

3.3. Nature facultative, contenu objectif et but

14. L'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement déclarait «*ne pas faire obstacle* aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances». À l'évidence, cette disposition n'*imposait* pas d'action positive, comme la CJCE l'a souligné dans l'affaire *Bilka*. La Cour devait déterminer si l'ancien article 119 du traité CE sur la

⁽¹¹⁾ Affaire 312/86, *Commission contre France*, point 15, Recueil 1988, p. 6315, italiques ajoutés.

⁽¹²⁾ Affaire C-407/98, *Abrahamsson*, point 48, Recueil 2000, p. I-5539; affaire C-319/03, *Briheche*, point 25, Recueil 2004, p. I-8807, italiques ajoutés.

discrimination en matière de rémunérations (l'actuel article 141) *obligeait* l'employeur à tenir compte de l'impact des responsabilités familiales sur les travailleuses. Elle a sommairement écarté toute notion d'**action positive obligatoire** dans l'ensemble du droit communautaire, en déclarant catégoriquement que:

«une obligation du type de celle évoquée par [...] dépasse le champ d'application de l'article 119 *et ne trouve, dans l'état actuel du droit communautaire, aucun autre fondement dans ce droit*» ⁽¹³⁾ (italiques ajoutés).

15. La CJCE a également pris soin d'examiner de près le **contenu objectif** et le **but** des mesures qui se veulent de l'action positive au titre de l'article 2, paragraphe 4, de la directive sur l'égalité de traitement. Dans l'affaire ayant opposé *la Commission à la France*, la CJCE a rejeté une législation française qui autorisait de façon générale le maintien de droits particuliers reconnus aux femmes dans les conventions collectives. La Cour a souligné que l'article 2, paragraphe 4, autorise uniquement des mesures qui «visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale» ⁽¹⁴⁾. Un maintien généralisé de droits particuliers reconnus aux femmes, comme dans la législation française en question, est donc excessif et constitue un manquement au principe recherché.

L'affaire *Griesmar* a permis à la CJCE de clarifier le contenu objectif des mesures d'action positive. La Cour a été saisie afin d'évaluer un crédit de service offert aux fonctionnaires féminins pour chacun de leurs enfants aux fins du calcul d'une pension. Ce crédit n'était pas offert aux fonctionnaires masculins. Il est apparu que l'octroi du crédit n'était pas lié au congé de maternité ni aux désavantages qu'un fonctionnaire féminin subit au cours de sa carrière du fait de son absence du travail pendant la période consécutive à la naissance d'un enfant. Le crédit en question n'était qu'un simple avantage monétaire normal accordé au moment du départ à la retraite et *ne remédiait pas objectivement aux difficultés professionnelles rencontrées par les femmes au cours de leur carrière*. Par conséquent, la discrimination résultante qui visait les travailleurs masculins ayant été dans une situation comparable, c'est-à-dire ayant élevé des enfants, ne pouvait être justifiée comme une mesure d'action positive ⁽¹⁵⁾.

La nécessité pour les mesures d'action positive de remédier de façon objective aux difficultés de carrière du groupe favorisé a encore été davantage soulignée dans l'affaire *Abrahamsson*, où la Cour a été saisie pour juger un système suédois visant à accorder des postes universitaires aux candidates par préférence aux candidats. La CJCE a rejeté ce système, entre autres parce que le traitement préférentiel réservé aux candidates n'était pas fondé sur «des critères clairs et certains de nature à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes appartenant au sexe sous-représenté» ⁽¹⁶⁾.

Pour qu'une mesure soit acceptable en tant qu'«action positive» au bénéfice de l'emploi des femmes, elle doit donc, *au moins objectivement, être fondée sur des critères clairs et certains, remédier à des inégalités de carrière spécifiques et aider les femmes à mener leur vie professionnelle dans des conditions plus égales par rapport aux hommes*. Il nous reste maintenant à voir quelles restrictions la Cour impose aux mesures qui satisfont effectivement à cette condition objective.

⁽¹³⁾ Affaire 170/84, *Bilka*, Recueil 1986, p. 1607.

⁽¹⁴⁾ Affaire 312/86, *Commission contre France*, point 15, Recueil 1988, p. 6315, italiques ajoutés.

⁽¹⁵⁾ Affaire C-366/99, *Griesmar*, Recueil 2001, p. I-9383.

⁽¹⁶⁾ Affaire C-407/98, *Abrahamsson*, points 49-50, Recueil 2000, p. I-5539.

3.4. L'évolution vers un test de proportionnalité

16. Les **limites substantielles** des dispositions relatives à l'action positive contenues dans la directive initiale sur l'égalité de traitement ont été développées dans une série d'affaires. Dans l'affaire *Commission contre France*, la CJCE a opté pour une approche à la fois extensive et restrictive, en arrêtant que:

«l'exception prévue par l'article 2, paragraphe 4, a pour *but précis et limité* d'autoriser des mesures qui, *tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait* pouvant exister dans la réalité de la vie sociale»⁽¹⁷⁾.

L'article 2, paragraphe 4, est qualifié d'exception au principe de non-discrimination, car il permet ostensiblement un traitement préférentiel inégal des femmes. Toutefois, cette lecture libérale est immédiatement restreinte aux mesures qui «*ont pour but précis et limité*» d'éliminer ou de réduire les inégalités de fait. Comme nous l'avons vu, un maintien généralisé de droits particuliers reconnus aux femmes, tel que la législation française l'avait autorisé pour les conventions collectives, constitue un manquement à ce principe.

17. Dans l'affaire *Commission contre France*, on a clairement recherché des mesures d'action positive revenant à une discrimination positive, à *adapter précisément à la mesure de l'objectif accepté qui consiste à éliminer ou à réduire des inégalités de fait*.

Cette approche a été poursuivie et affinée dans l'affaire *Kalanke*, où la Cour s'est interrogée sur un système allemand de quotas qui favorisait automatiquement les femmes si les candidats à un poste officiel donné se trouvaient en situation d'égalité parce qu'ils convenaient tout autant à ce poste. Une préférence automatique pour les femmes n'a rien à voir avec une inégalité démontrable. Tel est l'argument qui a poussé l'avocat général Tesouro à rejeter ce qu'il a qualifié de discrimination inversée, conçue pour atteindre des résultats plutôt que pour éliminer des obstacles. La Cour a dûment suivi ce raisonnement, en favorisant de façon explicite l'égalité des chances par rapport à l'égalité des résultats, et en soulignant la nécessaire interprétation stricte de l'article 2, paragraphe 4, comme une dérogation au principe de neutralité en matière de non-discrimination⁽¹⁸⁾.

L'affaire *Kalanke* a illustré une approche formelle et individualiste de la non-discrimination dans laquelle les possibilités de discrimination positive deviennent extrêmement réduites. Il est apparu que la logique de la Cour requérait une inégalité de fait *dans ce cas particulier* pour que la discrimination positive devienne acceptable. Cette approche a eu pour effet de fermer la porte à la discrimination positive fondée sur le groupe et de provoquer un bouleversement parmi les experts et les groupes de pression. Elle a été partiellement — bien qu'indirectement — abandonnée dans les affaires ultérieures soulevées par les cas *Marschall*⁽¹⁹⁾ et *Badeck*⁽²⁰⁾. La Cour a alors autorisé qu'une règle nationale vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins dans les secteurs où les femmes sont sous-représentées:

«si une telle règle *peut compenser les effets préjudiciables* des attitudes et comportements *pour les candidats féminins et ainsi réduire les inégalités de fait qui peuvent exister dans la vie réelle*» (italiques ajoutés).

La Cour échange une approche purement individualiste contre une approche équilibrée qui *permet de justifier des décisions individuelles de discrimination positive sur la base de l'inégalité de groupe*. Elle établit une distinction

⁽¹⁷⁾ Affaire 312/86, *Commission contre France*, point 15, Recueil 1988, p. 6315, italiques ajoutés.

⁽¹⁸⁾ Affaire C-450/93, *Kalanke*, Recueil 1995, p. I-3051.

⁽¹⁹⁾ Affaire C-409/95, *Marschall*, Recueil 1997, p. I-6363.

⁽²⁰⁾ Affaire C-158/97, *Badeck*, Recueil 1999, p. I-1875.

formelle entre cette nouvelle ligne et celle qui avait été adoptée dans l'affaire *Kalanke*, en se focalisant sur la *nature conditionnelle* de la discrimination positive disponible:

«une action qui vise à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs de la fonction publique où les femmes sont sous-représentées doit être considérée comme étant compatible avec le droit communautaire *lorsqu'elle n'accorde pas de manière automatique et inconditionnelle la priorité aux candidats féminins* ayant une qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, et lorsque *les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats*»⁽²¹⁾.

L'exigence d'une appréciation objective comparant le bénéficiaire individuel visé et la victime d'une mesure collective d'action positive a été encore développée par la Cour dans l'affaire *Abrahamsson*, déjà citée. En l'occurrence, la CJCE a dû considérer une réglementation suédoise relative aux universités qui permettait de donner priorité à un candidat appartenant au sexe sous-représenté qui, bien que suffisamment qualifié, *n'avait pas* une qualification égale à celle d'autres candidats du sexe opposé. L'absence de qualification égale supposait un écart plus large par rapport au principe du mérite individuel, que la Cour n'était pas disposée à accepter en l'absence de critères objectifs clairement conçus de nature à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle du groupe favorisé. De plus, le système en question ne prévoyait pas d'appréciation objective tenant compte des situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats, ce qui le rendait a priori inacceptable⁽²²⁾.

18. L'affaire *Abrahamsson* pourrait être formellement distinguée des affaires *Marschall* et *Badeck* de par son traitement préférentiel, dénué de critères adaptés avec objectivité, à l'égard des candidats féminins moins qualifiés, de la même façon que les affaires *Marschall* et *Badeck* pourraient être formellement distinguées de l'affaire *Kalanke* de par leur utilisation d'une clause de sauvegarde rendant la discrimination positive conditionnelle. Il est cependant clair que la Cour devait tôt ou tard abandonner son traitement au cas par cas pour adopter un test plus complet. C'est ce qu'elle a admis quand elle a considéré que le système mis en cause dans l'affaire *Abrahamsson* «s'avérait, en toute hypothèse, disproportionné par rapport au but poursuivi» et qu'elle a carrément essayé un test général de proportionnalité dans l'affaire *Lommers*. La CJCE revient à son hypothèse de base, lancée à l'origine à l'occasion de l'affaire *Commission contre France*, selon laquelle elle considère la discrimination positive comme une exception au principe de non-discrimination; elle déclare à cet égard:

«en vertu d'une jurisprudence constante, il y a lieu, en déterminant la portée de toute dérogation à un droit individuel, tel que l'égalité de traitement entre hommes et femmes consacrée par la directive, de respecter le principe de proportionnalité qui exige que les dérogations *ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché* et que *soient conciliés, dans toute la mesure du possible, le principe d'égalité de traitement et les exigences du but ainsi poursuivi*»⁽²³⁾.

En appliquant cette logique de proportionnalité traditionnelle aux faits en question, la Cour valide un système instauré par un ministère aux fins de lutter contre une sous-représentation importante des femmes en son sein et qui, dans un contexte caractérisé par une insuffisance avérée de structures d'accueil adéquates et abordables, réserve aux seuls fonctionnaires féminins les places de garderie en nombre limité qu'il met à la disposition de son

⁽²¹⁾ Affaire C-158/97, *Badeck*, point 23, Recueil 1999, p. I-1875, italiques ajoutés.

⁽²²⁾ Affaire C-407/98, *Abrahamsson*, Recueil 2000, p. I-5539.

⁽²³⁾ Affaire C-476/99, *Lommers*, point 39, Recueil 2002, p. I-2891, italiques ajoutés.

personnel. Quant aux fonctionnaires masculins, ils peuvent y avoir accès dans des cas d'urgence et aux mêmes conditions que les fonctionnaires féminins s'ils assument seuls la garde de leurs enfants.

19. Il importe de noter que le développement explicite du test de proportionnalité dans l'affaire *Lommers* ne s'oppose pas aux arrêts antérieurs pris en la matière. Au contraire, les analyses développées dans le cadre d'affaires antérieures telles que *Marschall* et *Badeck* devraient être considérées comme une *illustration du test de proportionnalité*. La Cour n'a pas tardé à souligner ce point dans la récente affaire *Briheche* et continue à rejeter toute discrimination positive qui accorde une priorité automatique et inconditionnelle à certaines catégories de femmes ⁽²⁴⁾.

3.5. Article 141, paragraphe 4, du traité CE

3.5.1. Observations textuelles

20. Le traité d'Amsterdam a fait de l'élimination des inégalités entre les hommes et les femmes et de la promotion de l'égalité entre eux à la fois un objectif communautaire et une obligation des États membres. Le renouvellement de cette approche active transparait aussi dans l'article 141 modifié relatif à la discrimination en matière de rémunérations, dont le quatrième paragraphe dispose désormais ceci:

«Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des *avantages spécifiques* destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle» (italiques ajoutés).

L'article 141, paragraphe 4, reste la seule disposition du traité CE qui évoque explicitement l'action positive, même si le sexe n'est plus que l'un des nombreux motifs de discrimination interdits. Cette formulation explicite est susceptible de lui donner préséance à plusieurs égards sur l'ancien article 2, paragraphe 4, de la directive sur l'égalité de traitement.

21. L'évocation du fait d'«assurer concrètement une pleine égalité» relève davantage d'un modèle substantiel de l'égalité que d'un modèle formel. Le concept d'«égalité des chances», élément central de l'ancien article 2, paragraphe 4, de la directive sur l'égalité de traitement ainsi que des conclusions des affaires *Kalanke* et *Marschall*, n'est pas employé. L'égalité des chances est du moins reconnue comme nécessaire pour assurer «concrètement une pleine égalité». Une chose demeure cependant peu claire: l'action positive doit-elle encore être considérée comme une exception au principe d'égalité de traitement ou comme un élément indépendant sur la voie vers la réalisation d'une véritable égalité des chances (Barnard, p. 425)? La formulation «n'empêche pas» semble indiquer la première option plutôt que la seconde.

L'autorisation de prévoir des «avantages spécifiques» semble signaler de nouvelles possibilités directes d'action positive. Par ailleurs, cette expression avait déjà été utilisée par la CJCE lors de ses affaires ayant fait école concernant l'ancien article 2, paragraphe 4, de la directive sur l'égalité de traitement (Ellis, 2005, p. 310). Enfin, en admettant des mesures positives qui «préviennent ou compensent», le traité CE combine une approche compensatoire et proactive dépassant l'accent placé par l'ancienne directive relative à l'égalité de traitement sur le simple fait de «remédier aux inégalités de fait».

Même si le texte de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE semblait donc élargir le champ d'application de l'action positive par comparaison avec la directive initiale sur l'égalité de traitement, il restait à voir comment la CJCE allait gérer ce nouveau cadre. À cet égard, l'approche de la Cour devait logiquement s'appliquer aussi à la directive

⁽²⁴⁾ Affaire C-319/03, *Briheche*, points 24 et suiv., Recueil 2004, p. I-8807.

consolidée sur l'égalité de traitement, dont la disposition relative à l'action positive a été délibérément modifiée pour assurer l'uniformité avec le traité CE ⁽²⁵⁾.

3.5.2. Jurisprudence de la CJCE

22. À ce jour, la CJCE n'a dû traiter que des affaires soulevées à l'origine en vertu de l'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement. Par conséquent, elle n'a eu affaire à la nouvelle formulation de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE que de façon indirecte et en tant qu'obiter dictum (remarque incidente). Cela a empêché la Cour d'adopter une position claire et univoque.

Les avocats généraux n'ont pas hésité à encourager la Cour à utiliser l'article 141, paragraphe 4, du traité CE pour élargir le champ d'application de l'action positive autorisée. Tant l'avocat général Saggio dans l'affaire *Badeck* que l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Briheche* ont préconisé que le nouvel article 141, paragraphe 4, du traité CE implique une plus large discrétion pour l'adoption de mesures d'action positive, soit de façon indépendante soit par une lecture harmonisée de l'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement. Il est révélateur que la CJCE ait jusqu'à présent refusé d'élaborer un niveau différent d'examen sur la base de l'article 141, paragraphe 4, et se soit contentée d'intégrer celui-ci, même superficiellement, dans le développement naturel et harmonieux de l'examen livré à travers la directive initiale sur l'égalité de traitement.

23. Dans l'affaire *Abrahamsson* déjà mentionnée ci-dessus, la CJCE a conclu son rejet du système en cause en vertu de l'article 2, paragraphe 4, de la directive sur l'égalité de traitement, par la remarque désinvolte suivante:

«même si l'article 141, paragraphe 4, du traité CE autorise les États membres à maintenir ou à adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle, afin d'assurer une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, il ne saurait en être déduit que cette disposition permet une méthode de sélection telle que celle en cause au principal, qui s'avère, en toute hypothèse, *disproportionnée par rapport au but poursuivi*».

Comme nous l'avons vu, ce test de proportionnalité a été ultérieurement confirmé et développé dans l'affaire *Lommers* aux seules fins de l'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement. Tant l'article 2, paragraphe 4, que l'article 141, paragraphe 4, sont donc abordés du point de vue de la proportionnalité. Rien n'indique que le champ d'application légitime de l'action positive s'est élargi (*Waddington et Bell*, p. 601). La Cour semble englober ces deux dispositions relatives à l'action positive dans la même approche sans reconnaître de différence significative dans leur champ d'application substantiel.

Cette position a été confirmée lors de l'affaire *Briheche*, où la Cour s'est à nouveau abstenue de suivre une piste indépendante, fondée sur l'article 141, paragraphe 4, en déclarant qu'elle ne pouvait autoriser des mesures «qui s'avéraient, en toute hypothèse, disproportionnées par rapport au but poursuivi». Dans la même affaire, la Cour a réitéré son interprétation traditionnelle de l'action positive comme une *dérogation limitée à l'égalité formelle* ⁽²⁶⁾. Ici aussi, il est utile de le noter puisque d'aucuns ont associé l'article 141, paragraphe 4, du traité CE à l'avènement

⁽²⁵⁾ Article 3 de la directive 2006/54/CE 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).

⁽²⁶⁾ Affaire C-319/03, *Briheche*, points 25 et 31, Recueil 2004, p. I-8807.

d'une approche substantielle de l'égalité dans le droit communautaire. La Cour reste apparemment à convaincre: elle a préféré confirmer l'uniformité en ce sens que la disposition dérogatoire, l'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement, vise:

«conformément à l'article 141, paragraphe 4, du traité CE, à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées»⁽²⁷⁾.

24. En résumé, bien que la jurisprudence actuelle de la CJCE reconnaisse assurément la coexistence de l'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement et de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE, elle n'a jusqu'à présent pas réussi à indiquer, encore moins à décider, que des articles différents impliquent aussi des niveaux d'examen différents. Au contraire, toutes les indications tendent vers une approche uniforme de la «proportionnalité» qui ne s'écarte pas de façon significative des affaires antérieures. Si l'article 141 a eu un impact, c'est de clarifier l'objectif nécessaire des mesures d'action positive autorisées, ces mesures devant, «en tout état de cause, contribuer à aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes»⁽²⁸⁾.

3.6. L'acquis antérieur aux directives 2000/43/CE et 2000/78/CE

25. Compte tenu de la grande diversité des mesures d'action positive, comme nous l'avons vu ci-dessus, il faut souligner que la jurisprudence actuelle ne traite que d'une petite fraction de cette diversité. Bien évidemment, cette situation est tout à fait normale, puisque seules les mesures d'action positive qui impliquent une forme de discrimination de fait sont susceptibles de poser problème.

Également, il est tout aussi révélateur de la réalité de l'action positive dans la Communauté européenne que la Cour n'ait jusqu'à présent pas eu l'occasion de développer de doctrine dans le domaine de l'action positive du *secteur privé*. À une exception non pertinente près⁽²⁹⁾, toutes les affaires soulevées concernaient des employeurs publics. Dans presque tous les cas, ceux-ci appliquaient des mesures d'action positive en vertu d'une législation nationale. Ce n'est que dans l'affaire *Lommers* que la CJCE a traité un cas d'action positive émanant du secteur public.

26. Compte tenu de ces avertissements, l'acquis de la jurisprudence en matière d'action positive peut être résumé comme suit.

En tout premier lieu, la CJCE s'en tient à une approche restrictive, selon laquelle l'action positive fondée sur un groupe, en particulier la discrimination positive, est considérée comme une *exception à adapter précisément à sa justification* (affaires *Commission contre France*, *Abrahamsson* et *Briheche*).

Deuxièmement, bien que l'ensemble de la jurisprudence actuelle traite de faits soulevés dans le cadre de la directive initiale sur l'égalité de traitement, la CJCE, à plusieurs occasions, a montré une hésitation manifeste à adopter un champ d'application de l'action positive plus large au titre de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE. Même si la CJCE reconnaît sans difficulté la différence de formulation entre ces deux dispositions, elle a jusqu'à présent suivi une *approche intégrée dans le cadre d'un test de proportionnalité qui ne semble pas contenir de différence significative* (affaires *Abrahamsson*, *Lommers* et *Briheche*).

⁽²⁷⁾ Affaire C-319/03, *Briheche*, point 25, Recueil 2004, p. I-8807.

⁽²⁸⁾ Affaire C-366/99, *Griesmar*, point 64, Recueil 2001, p. I-9383.

⁽²⁹⁾ Cette affaire non pertinente était l'affaire C-79/99, *Schnorbus*, Recueil 2000, p. I-10997, qui a été résolue comme un cas de discrimination indirecte.

Le concept de «proportionnalité» comporte traditionnellement trois tests séparés: *légitimité, efficacité et nécessité*. La jurisprudence actuelle est centrée sur la légitimité et énonce les deux autres critères en en égratignant à peine la surface.

La légitimité est acceptée dans les cas où la mesure se traduisant par une discrimination positive individuelle vise à remédier à un *déséquilibre avéré* entre les sexes. La CJCE ne semble pas beaucoup se préoccuper de l'origine du déséquilibre et se contente d'admettre vaguement l'action positive menée en réponse aux «effets préjudiciables qui, pour les femmes dans la vie active, résultent d'*attitudes, de comportements et de structures de la société*» (affaires *Kalanke* et *Marschall*). L'action positive ne devrait donc pas nécessairement chercher à compenser une discrimination passée en tant que telle. Le déséquilibre requis ne doit pas nécessairement avoir eu des effets préjudiciables sur le bénéficiaire des mesures d'action positive.

Personne n'a jamais demandé clairement à la CJCE quel *niveau de déséquilibre* est requis pour qu'une discrimination positive soit légitime. La Cour a traité divers déséquilibres sans jamais devoir évaluer directement leurs caractéristiques. Il est cependant clair que le but des mesures d'action positive doit être *d'éliminer et de corriger les causes des possibilités réduites d'accéder à l'emploi et à une carrière*, et d'améliorer la capacité du sexe sous-représenté de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité (affaires *Commission contre France, Griesmar* et *Lommers*). En outre, de telles mesures de discrimination positive devraient *objectivement poursuivre le but annoncé et reposer sur des critères objectifs et transparents* (affaires *Commission contre France, Abrahamsson* et *Griesmar*).

De plus, toute discrimination positive devrait, conformément au principe de *proportionnalité*, rester dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre son but, *en conciliant autant que possible le principe de l'égalité de traitement avec les exigences du but poursuivi* (affaires *Abrahamsson, Lommers* et *Briheche*). L'accent placé sur la nature «appropriée» et «nécessaire» de la mesure est susceptible d'entraîner des discussions cruciales sur l'*efficacité* et l'*analyse coûts/bénéfices* de l'action positive, qui n'ont jusqu'à présent pas encore été portées devant la CJCE.

En résumé, alors que les positions conceptuelles de l'examen mené par la Cour semblent claires, la relative pauvreté de la jurisprudence laisse encore beaucoup de marge pour le développement concret du test de proportionnalité. Il est cependant clair que *la proportionnalité dans la sélection n'est pas respectée lorsque le traitement préférentiel est automatique et inconditionnel* et ne comporte pas une appréciation objective de la situation personnelle de tous les candidats, permettant à la neutralité de genre de prévaloir si les circonstances l'exigent (affaires *Kalanke, Marschall, Badeck* et *Briheche*). Des quotas de sélection stricts sont donc suspects en principe, raison pour laquelle la CJCE a jusqu'à présent seulement admis l'utilisation de quotas «doux» en cas d'égalité entre les candidats.

Sanne | 1991

Chapitre IV

L'action positive et les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE

4.1. Analyse générale

27. Tant la directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique que la directive-cadre 2000/78/CE contiennent une disposition générale relative à l'action positive. L'article 5 de la première de ces directives dispose ceci:

«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*» (italiques ajoutés).

Quant à la directive-cadre, elle comporte une disposition identique à son article 7, paragraphe 1:

«Pour assurer la *pleine égalité dans la vie professionnelle*, 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 l'un des motifs visés à l'article 1^{er}*» (italiques ajoutés).

Le lecteur attentif ne peut s'empêcher d'être frappé par la similitude manifeste de ces deux dispositions avec l'article 141, paragraphe 4, du traité CE, qui date d'avant les directives de 2000 et dispose ceci:

«Pour assurer concrètement une *pleine égalité* entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement *n'empêche pas un État membre* de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des *avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle*» (italiques ajoutés).

La question de savoir si cette similitude textuelle manifeste implique des interprétations analogues fait l'objet d'un débat dans la littérature juridique. La valeur des directives de 2000 a poussé nombre d'auteurs à examiner leur texte à la loupe.

28. Les deux directives reconnaissent l'action positive «pour assurer la pleine égalité dans la pratique», ce qui indique le *but* de l'action positive sans toutefois la rendre obligatoire. Au contraire, les deux directives précisent que le principe de l'égalité de traitement «*n'empêche pas*» les mesures d'action positive, ce qui montre clairement la *nature facultative* de l'action positive, que la CJCE reconnaît elle-même depuis l'affaire *Bilka* (Fredman, 2002, p. 167; Jones, p. 516). Les dispositions relatives à l'action positive ne rendent donc pas *en soi* l'action positive obligatoire. Toute obligation de mener une action positive devrait provenir d'autres sources ⁽³⁰⁾.

De plus, il paraît clair que l'autorisation explicite de mesures qui «*préviennent ou compensent*» des désavantages de certains groupes permet des *politiques* tant *proactives* que *correctrices* sans nécessité d'un désavantage direct pour le bénéficiaire individuel de l'action positive, pour autant que ces politiques poursuivent le *but* pour lequel l'action positive est reconnue (McInerney, p. 320). Dans ces deux perspectives, les directives de 2000 confirment l'acquis de l'action positive en matière de genre.

29. La première véritable pomme de discorde est constituée par la référence explicite aux *États membres* comme source de l'action positive. Dans le cas où une mesure d'action positive déroge de fait au principe de non-discrimination et requiert donc une *autorisation spécifique* dans le droit communautaire, la question se pose de savoir si cette référence limite les États membres à maintenir ou à adopter des mesures qui, en réalité, émanent

⁽³⁰⁾ Par exemple, la disposition relative aux aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, des instruments internationaux contraignants en matière de droits de l'homme, un principe général d'égalité établi hors et au-delà des directives de 2000, ou une disposition législative nationale.

de l'«État» à proprement parler (Bayart, p. 272-275). Dans le domaine du genre, la CJCE a admis la discrimination positive commise par un État membre à la fois en qualité d'autorité réglementaire et d'employeur ⁽³¹⁾. Toutefois, elle l'a fait dans le contexte de la directive initiale sur l'égalité de traitement, dont la disposition relative à l'action positive précisait que la directive, en général, «ne fait pas obstacle aux *mesures visant à promouvoir l'égalité des chances* entre hommes et femmes». Contrairement aux directives de 2000, la directive initiale sur l'égalité de traitement ne contenait donc pas de référence à l'action positive et, partant, pas de limitation possible par ses auteurs potentiels.

La Commission ne semble pas s'opposer à l'action positive menée à travers des conventions collectives ⁽³²⁾. Cette attitude peut cependant être liée au rôle de celles-ci comme alternative à la législation pour la mise en œuvre des directives. Du point de vue téléologique, peu d'éléments donnent à penser que la possibilité pour les «États membres» de maintenir ou d'adopter «des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages» devrait se limiter aux mesures émanant de l'État lui-même. En organisant l'action positive dans le secteur privé, un État membre réussirait sûrement à prévenir ou à compenser des désavantages ainsi qu'à promouvoir l'égalité substantielle. Néanmoins, il reste à voir si une interprétation si pragmatique sera également adoptée par la CJCE, étant donné que celle-ci voit d'abord l'action positive comme une exception à l'égalité formelle élaborée de façon restreinte.

4.2. La relation avec l'acquis en matière de genre

30. Le débat consistant à déterminer si la discrimination inversée constitue un monopole d'État est mineur par rapport à la question fondamentale de savoir si les dispositions d'action positive contenues dans les directives de 2000 confirment l'étendue du champ d'application actuel de l'action positive en matière de genre ou établissent un cadre séparé applicable à l'action positive.

Selon une analyse strictement littérale, les textes respectifs contiennent des arguments allant dans des directions différentes. Les trois dispositions autorisent l'action positive «pour *assurer la pleine égalité dans la pratique*». Pour d'autres, l'accent placé par les directives de 2000 sur la pleine égalité dans la pratique suggère un vaste champ d'application qui pourrait inclure des moyens tant procéduraux qu'orientés sur les résultats (Schiek, 2002, p. 299). Il faut cependant rappeler que la jurisprudence la plus récente en matière de genre continue à considérer l'action positive comme une exception à l'égalité formelle élaborée de façon restreinte, malgré la référence textuelle identique à la pleine égalité dans la pratique (voir les points 22-24). Dans cette perspective, la référence à la «pleine égalité dans la pratique» se contente de définir la nature de l'action positive sans l'établir comme une règle indépendante sur le même pied que l'égalité formelle en soi.

Alors que l'article 141, paragraphe 4, du traité CE autorise des «avantages spécifiques», la directive sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et la directive-cadre admettent des «mesures spécifiques». Le concept d'«avantages» directs peut sembler plus significatif et permettre des résultats plus immédiats que de simples «mesures», ce qui suggère un champ d'application plus limité pour l'action positive dans les directives de 2000. Dans le même ordre d'idées, ces deux directives ne mentionnent pas l'*exercice d'une activité professionnelle* comme un but autorisé de l'action positive (Waddington et Bell, p. 602). D'un autre côté, l'article 141, paragraphe 4, semble plus restrictif quand il se focalise sur la prévention ou la compensation de «désavantages dans la carrière professionnelle». En effet, les directives de 2000 permettent la prévention ou la compensation de tous les «désavantages liés» aux caractéristiques protégées.

⁽³¹⁾ Affaire C-476/99, *Lommers*, point 39, Recueil 2002, p. I-2891.

⁽³²⁾ COM(1999) 565 final, *proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, article 12; voir la position de la Commission dans l'affaire *Abdoulaye*.

31. Une analyse purement textuelle suggère donc en même temps un champ d'application de l'action positive plus restreint et plus étendu en vertu des directives de 2000 par comparaison avec celui qu'accorde l'article 141, paragraphe 4, du traité CE (Ellis, 2005, p. 312-313). Cette analyse textuelle n'est cependant qu'un début. Il convient en effet de se rappeler que l'article 141, paragraphe 4, traite exclusivement de la *discrimination en matière de rémunérations dans le domaine de l'emploi*. La directive sur l'égalité de traitement va au-delà des rémunérations et de l'emploi pour s'étendre à d'autres domaines tels que la protection sociale, l'éducation et la fourniture publique de biens et de services. Quant à la directive-cadre, elle englobe l'ensemble du domaine de l'emploi et du travail. Avec ce champ d'application matériel plus vaste, il pourrait encore y avoir beaucoup de chemin à parcourir pour expliquer les différences textuelles entre les dispositions relatives à l'action positive, comme l'absence de référence explicite à l'«activité professionnelle» ou l'identification vague de tous les «désavantages liés» aux caractéristiques protégées.

En d'autres termes, les différences textuelles entre chacune des dispositions relatives à l'action positive pourraient être la conséquence naturelle des divers champs d'application généraux des directives, plutôt que l'illustration d'un concept différent de l'«action positive» à proprement parler. C'est ce que suggère fortement l'historique de la rédaction des directives de 2000. Dans les deux cas, le texte de la disposition relative à l'action positive a été délibérément modifié pour refléter celui de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE⁽³³⁾. Dans le même ordre d'idées, dans sa proposition de directive-cadre, la Commission a souligné la nature exceptionnelle de l'action positive en tant que dérogation au principe de l'égalité, en se référant à la jurisprudence en matière de genre⁽³⁴⁾.

32. Le développement des dispositions relatives à l'action positive dans le droit communautaire après les directives de 2000 indique également une volonté d'arriver à des concepts identiques de l'action positive. Dans la directive 2002/73/CE modifiant la directive sur l'égalité de traitement, l'ancien article 2, paragraphe 4, a été supprimé en faveur d'une référence à la disposition relative à l'action positive contenue dans le traité CE. Un nouvel article 2, paragraphe 8, à présent article 3 de la directive remaniée, dispose ceci: «*Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes.*» Par conséquent, la directive étend simplement le champ d'application initial de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE. Dans sa proposition de directive, la Commission, de façon révélatrice, n'a pas donné à entendre que la référence à l'article 141, paragraphe 4, avait pour but d'étendre le champ d'application initial de la disposition relative à l'action positive contenue dans la directive. Elle s'est contentée de présenter un «*tour d'horizon*» des limites de l'action positive dans la jurisprudence relative à la discrimination sexuelle⁽³⁵⁾.

Cette approche d'ensemble a été poursuivie et intensifiée dans la législation la plus récente relative à la discrimination sexuelle. Les documents préparatoires de la refonte de la directive sur l'égalité de traitement témoignent de la politique de la Commission consistant à employer des concepts uniformes de l'égalité et de l'action positive. La Commission évoque sans détours la nécessité d'utiliser des concepts identiques dans divers éléments de la législation communautaire sur la non-discrimination:

«La législation garantissant l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui a été adoptée en vertu de l'article 141 ou qui est visée par cet article doit, *dans tous les domaines, recourir aux mêmes concepts que ceux qui sont utilisés dans les textes législatifs adoptés récemment, tels que la directive 2002/73/CE, modifiant la directive 76/207/CEE, et dans les textes législatifs similaires adoptés au titre de l'article 13 et destinés à lutter contre les discriminations fondées sur d'autres motifs que le sexe, dans*

⁽³³⁾ Parlement européen, *rapport sur la proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, A5-0136/2000, Bruxelles, 16 mai 2000; Parlement européen, *rapport sur la proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, A5-0264/2000, Bruxelles, 21 septembre 2000.

⁽³⁴⁾ COM(1999) 565 final.

⁽³⁵⁾ COM(2000) 334 final.

la mesure où lesdits textes concernent également l'emploi, de manière à assurer une cohérence juridique et politique entre les éléments de la législation qui poursuivent des objectifs semblables»⁽³⁶⁾ (italiques ajoutés).

33. En résumé, tant la préparation des directives de 2000 que l'évolution générale du droit communautaire en matière d'égalité tendent vers une compréhension uniforme de l'action positive vue à travers le prisme de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE. Étant donné les similitudes textuelles manifestes, il est donc très probable que l'acquis relatif à l'action positive dans le domaine du genre ait façonné l'interprétation des dispositions d'action positive dans la directive sur l'égalité de traitement et la directive-cadre (Bennett e.a., p. 230; Schiek, 2000, p. 270; Skidmore, p. 131; Waddington et Bell, p. 602).

L'état du droit délimitant le champ d'application de l'action positive en matière de genre peut et doit donc servir de point de départ pour l'interprétation des dispositions relatives à l'action positive dans la directive sur l'égalité de traitement et la directive-cadre. Les principes analysés et résumés ci-dessus en matière de genre valent également dans le contexte des directives de 2000 (voir le point 26):

- L'action positive revenant à une *discrimination* est une exception à adapter précisément à sa justification.
- Toute discrimination positive doit, conformément au *principe de proportionnalité*, viser un but légitime et rester dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre ce but, *en conciliant autant que possible le principe de l'égalité de traitement avec les exigences du but poursuivi*.
- Pour ce qui est de la *légitimité*, les *caractéristiques d'un groupe* peuvent justifier certaines mesures qui entraînent une discrimination positive individuelle, pour autant que ces mesures poursuivent le but correct, rendant superflue la condition relative à un *préjudice individuel*.
- Les mesures de discrimination positive doivent *objectivement poursuivre le but annoncé et reposer sur des critères objectifs et transparents*.
- La *proportionnalité dans la sélection* n'est pas respectée lorsque le traitement préférentiel est automatique et inconditionnel et ne comporte pas une appréciation objective de la situation personnelle de tous les candidats. Les quotas automatiques sont donc inacceptables.

34. Néanmoins, point de départ ne signifie pas nécessairement point d'arrivée. Il reste une différence de *champ d'application général* entre les directives de 2000 et l'article 141, paragraphe 4, qui se limite à la discrimination relative au genre et à la rémunération dans l'emploi. Il est logique, et donc probable, que cet élargissement de champ d'application finira par apparaître dans la jurisprudence et modifier l'application des principes énoncés ci-dessus.

Selon l'article 141, paragraphe 4, par exemple, le *but des mesures d'action positive* est restreint à l'élimination et à la correction des causes des possibilités réduites d'accéder à l'emploi et à une carrière, et à l'amélioration de la capacité du sexe sous-représenté de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité. Ces mesures visent donc à remédier à un déséquilibre avéré entre les sexes (voir les points 5, 24 et 26). Cette restriction ne peut simplement pas s'appliquer lorsque les directives de 2000 permettent une action positive dépassant le domaine de l'emploi⁽³⁷⁾.

Il reste aussi à voir si la profusion de nouveaux motifs protégés incitera la CJCE à *adapter son niveau d'examen de l'action positive au groupe concerné*. N'oublions pas que, en fin d'analyse, l'action positive reflète une tentative délibérée de sociologie appliquée aux groupes d'intérêt sous-représentés. Diverses réalités sociétales ou historiques pour différents groupes peuvent se traduire par des normes contradictoires. La directive-cadre le reconnaît explicitement en autorisant

⁽³⁶⁾ COM(2004) 279 final.

⁽³⁷⁾ Voir l'article 15 de la directive 2000/78/CE, qui autorise la discrimination dans le but de compenser un déséquilibre religieux en Irlande du Nord.

un deuxième niveau d'action positive pour les personnes handicapées (voir le point 36). Une telle différenciation peut cependant transpirer de façon implicite, à travers l'aménagement de la jurisprudence par la CJCE.

Le fait de reconnaître le rôle d'inspiration de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE ne doit donc pas nécessairement limiter les directives de 2000 à la jurisprudence existante en matière de genre. Il est possible de réaliser un développement spécifique qui traite du champ d'application et de la nature spécifiques de ces directives. Un test de «proportionnalité» et de «légitimité» reste, après tout, un instrument flexible, par nature adaptable aux circonstances. De plus, les limites de la proportionnalité dans le contexte de l'action positive axée sur le genre restent largement indéfinies (voir le point 26). Il faudra attendre d'autres affaires de jurisprudence pour déterminer à quel point la CJCE souhaite faire preuve de flexibilité.

4.3. Dispositions pour les personnes handicapées

35. Outre sa clause standard sur l'action positive, l'article 7 de la directive-cadre contient aussi une clause spécialement destinée aux personnes handicapées:

«En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des États membres de maintenir ou d'adopter *des dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail ni aux mesures visant à créer ou à maintenir des dispositions ou des facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager leur insertion dans le monde du travail*» (article 7, paragraphe 2).

L'historique de la rédaction de cette clause est vague. Le texte est apparu dans la dernière phase avant l'adoption de la directive, apparemment sur l'ordre d'un gouvernement néerlandais soucieux du sort de ses dispositions nationales visant à protéger et à promouvoir l'emploi des personnes handicapées⁽³⁸⁾. En l'absence d'orientations claires provenant de la phase préparatoire, une analyse textuelle de cette clause produit deux nouvelles exceptions au principe de l'égalité de traitement, outre la disposition générale relative à l'action positive examinée ci-dessus.

36. *Premièrement*, les États membres sont autorisés à maintenir ou à adopter des «dispositions concernant la protection de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail» à l'égard des personnes handicapées. Cette clause a été probablement insérée afin d'encourager les États membres à tenir compte des personnes handicapées au moment d'adopter des dispositions législatives relatives à la santé et à la sécurité (Waddington et Bell, p. 603). Toutefois, elle pourrait aussi avoir des effets préjudiciables pour les personnes handicapées si les États membres maintiennent ou adoptent des mesures concernant la santé et la sécurité qui restreignent les *possibilités de travail des personnes handicapées* (Skidmore, p. 131). Cette situation n'est pas sans rappeler la dérogation de santé et de sécurité bien connue au principe de l'égalité de traitement dans le contexte de la maternité.

Deuxièmement, élément plus pertinent pour notre étude, la directive-cadre protège explicitement contre l'intrusion de l'égalité de traitement les «*dispositions ou facilités en vue de sauvegarder ou d'encourager [...] l'insertion dans le monde du travail*» des personnes handicapées. On peut argumenter, en particulier au vu de l'élan précité qui a généré cette exception, que ces dispositions de protection comprennent des quotas ou d'autres objectifs d'emploi que les États membres pourraient poursuivre pour assurer la participation au marché du travail des personnes handicapées et qui pourraient autrement ne pas souffrir l'examen strict que la CJCE applique traditionnellement à ce type de discrimination positive (Bell et Waddington, p. 355). En d'autres termes, l'article 7, paragraphe 2, est conçu pour obliger la CJCE à appliquer un niveau différent d'examen aux mesures d'action positive dans le domaine du handicap (Whittle, p. 319).

⁽³⁸⁾ Conseil de l'Union européenne, *proposition de directive du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail — accord politique*, 12269/00, Bruxelles, 11 octobre 2000.

4.4. Action positive et «aménagements raisonnables»

37. L'article 5 de la directive-cadre établit l'obligation de mettre en place des aménagements raisonnables au bénéfice des travailleurs handicapés:

«Afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées, des aménagements raisonnables sont prévus. Cela signifie que l'employeur prend les mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée, sauf si ces mesures imposent à l'employeur une charge disproportionnée.»

Il est rare mais pas unique que le droit communautaire impose des aménagements spécifiques pour un groupe protégé contre la discrimination. Une obligation d'aménagement est également imposée au bénéfice des *travailleuses enceintes ou qui ont récemment accouché* (directive 92/85/CEE) et des *jeunes travailleurs* (directive 94/33/CE). On peut longuement discuter sur l'interaction conceptuelle générale entre l'antidiscrimination et les aménagements (Jolls, p. 642-699). Dans le contexte de la directive-cadre, le rapport existant entre les aménagements raisonnables (article 5) et l'action positive (article 7) est clair et relativement simple, même si l'on dépasse la restriction évidente des aménagements au handicap et le champ d'application général personnel de l'action positive.

38. Comme il ressort de façon évidente du texte précité de l'article 5, les aménagements raisonnables sont imposés «afin de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des personnes handicapées». Par conséquent, bien que les aménagements et la discrimination positive impliquent, les uns comme l'autre, un traitement différent pour le bénéficiaire, seule la dernière le fait à titre d'exception au principe d'égalité de traitement. Les aménagements spécifiques mis en place pour une personne handicapée en situation d'emploi constituent une *illustration* de l'égalité formelle plutôt qu'une *exception* à celle-ci, car ils manifestent l'obligation formelle de traiter différemment des situations distinctes (voir le point 4). L'interdiction de la discrimination à l'encontre des personnes handicapées implique, d'une part, une obligation d'égalité de traitement lorsque la personne handicapée est comparable à autrui, indépendamment de son handicap. Elle suppose, d'autre part, une obligation de traitement inégal, qualifié d'aménagement raisonnable, lorsque la personne handicapée n'est pas comparable à autrui à cause de son handicap, tout en étant qualifiée pour exécuter le travail ou participer à une formation.

Dans le même ordre d'idées, les aménagements raisonnables sont différents de la discrimination inversée et positive, en ce sens qu'ils ne sont *pas* conçus pour favoriser les personnes handicapées par rapport à celles qui ne le sont pas. Leur but n'est pas d'offrir des mesures spéciales aux personnes handicapées, mais plutôt de supprimer les barrières à leur participation, dans les cas où une telle aide est équitable. À ce titre, l'employeur peut encore déterminer les qualifications requises pour un emploi donné et exiger que la personne handicapée possède ces qualifications si des aménagements sont prévus pour elle (Brems, p. 45; Whittle, p. 311-315). Cette nuance apparaît également au vu du fait que seuls des aménagements «raisonnables» sont exigés.

De même, les aménagements raisonnables diffèrent de la discrimination positive de par leur focalisation sur la *personne* plutôt que le *groupe*. Ils sont prescrits «en fonction des besoins dans une situation concrète» et sont adaptés aux besoins et aux moyens tant du bénéficiaire que de l'employeur.

39. Bien que, à l'évidence, les aménagements raisonnables ne constituent pas une discrimination positive, ils appartiennent bien sûr à la famille vaste et variée des mesures positives visant à atteindre des résultats, à travers le droit en matière d'égalité. On peut les considérer comme une forme distincte d'action positive qui ne revient pas à de la discrimination inversée (voir le point 5). Alors que l'action positive est en général facultative et s'adresse en priorité aux États membres (voir les points 14 et 28), les aménagements raisonnables sont obligatoires et principalement destinés à un employeur donné. Grâce à leur caractère personnalisé, ils ne sont pas sensibles

aux problèmes de sous-inclusion ni de surinclusion, qui peuvent nuire aux mesures d'action positive classiques (Waddington et Hendriks, p. 409-410). Centrés sur des aménagements individuels, ils cherchent à compenser les désavantages au niveau personnel, tandis que l'action positive traditionnelle s'oriente sur les désavantages d'un groupe, même sans tenir compte de la position personnelle de son bénéficiaire.

4.5. Action positive et «exigences professionnelles essentielles»

40. Tant la directive sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique que la directive-cadre autorisent les États membres à prévoir qu'une différence de traitement fondée sur l'une des caractéristiques protégées par ailleurs:

«ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée» (article 4 de la directive sur l'égalité de traitement; article 4, paragraphe 1, de la directive-cadre).

L'article 4, paragraphe 2, de la directive-cadre étend et spécifie cette disposition pour le cas de la religion ou des convictions, dans le contexte des activités professionnelles, lorsque la religion ou les convictions d'une personne représentent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation.

41. Dans le droit communautaire, les exigences professionnelles essentielles (EPE) qui peuvent autoriser l'utilisation d'une caractéristique protégée dans ce qui constituerait normalement une discrimination directe ont toujours été distinguées des dispositions sur l'action positive. La directive initiale sur l'égalité de traitement permettait aux États membres d'admettre l'utilisation de la caractéristique qu'est le sexe dans les cas où celui-ci constituait une «condition déterminante» (article 2, paragraphe 2), tout en aménageant une plate-forme séparée pour l'action positive (article 2, paragraphe 4). La version consolidée de la directive sur l'égalité de traitement maintient cette distinction dans le droit fil des directives de 2000, tout en la restreignant formellement à l'accès à l'emploi (article 14, paragraphe 2).

Dans le droit communautaire, la distinction entre EPE et action positive est porteuse d'une logique conceptuelle. Les EPE autorisent pour l'essentiel le recours à une distinction normalement interdite, dans les cas où le non-recours à cette distinction compromettrait l'exercice d'une activité professionnelle légitime. La référence aux EPE a pour but de résoudre des *cas individuels de pure nécessité professionnelle*, en cherchant à atteindre un équilibre entre la neutralité normalement requise et la nécessité de maintenir des exigences professionnelles qui, sans être neutres, sont justifiables dans le cas particulier (Ellis, 2005, p. 273). L'action positive, d'un autre côté, manifeste un *agenda sociétal* et se fonde sur une *approche de gestion de groupe*. Elle ne répond pas aux besoins professionnels spécifiques, mais poursuit un *but politique général* consistant à compléter les dispositions relatives à l'égalité de traitement afin d'assurer l'égalité dans la pratique au profit d'un groupe précédemment sous-représenté.

Ces différences conceptuelles fondamentales n'excluent évidemment pas la possibilité pour l'action positive, comme l'utilisation d'EPE, de se traduire par une discrimination interdite par ailleurs. Dans ce cas, les deux catégories constituent des dérogations réelles au principe de non-discrimination et sont soumises à un examen strict qui implique un test de proportionnalité. Néanmoins, comme nous l'avons vu, une discrimination de cette nature ne représente que l'ultime gamme de mesures d'action positive, tandis que la dérogation des EPE implique également, par définition, des différences de traitement illégales.

De plus, même si la dérogation des EPE peut à l'occasion servir les intérêts d'un groupe traditionnellement défavorisé, elle ne possède pas nécessairement cette dimension «positive» inhérente à l'action positive qui revient à de la discrimination. En plus d'aider à atteindre l'objectif d'égalité effective, les EPE peuvent aussi permettre des corrections qui maintiennent d'anciennes «stratifications».

Rachid | 1989

Chapitre V

Pratiques d'action positive dans les États membres

42. Les dispositions communautaires en matière d'action positive fournissent aux États membres une option politique dont ils usent pour l'essentiel à leur discrétion, dans les limites générales étudiées ci-dessus. Nous allons à présent faire un bref tour d'horizon des dispositions législatives et pratiques de divers États membres en matière d'action positive, en nous fondant sur les rapports par pays disponibles élaborés par des experts nationaux. Cette étude hautement sélective n'est en rien représentative de la situation complète ⁽³⁹⁾. Elle donne une indication de la diversité des approches et présente certains des problèmes soulevés dans les juridictions nationales.

5.1. Tour d'horizon sélectif des dispositions constitutionnelles et légales

43. En Belgique, le cadre juridique de l'action positive est soumis à l'examen de la Cour constitutionnelle. L'article 4 de la loi fédérale du 25 février 2003 portant mise en œuvre des directives autorise l'adoption ou le maintien de mesures qui, afin de garantir la pleine égalité dans la pratique, visent à prévenir ou compenser certains désavantages. Selon un arrêt rendu le 6 octobre 2004 par la Cour constitutionnelle ⁽⁴⁰⁾, de telles mesures doivent se conformer à des conditions strictes si elles reviennent à de la discrimination positive. *Premièrement*, la discrimination positive doit être une réponse à une situation d'inégalité manifeste, c'est-à-dire que la persistance d'un déséquilibre évident pourrait être démontrée en l'absence de la mesure en question. *Deuxièmement*, le législateur doit avoir identifié la nécessité de remédier à ce déséquilibre. En d'autres termes, la discrimination positive doit être fondée sur un mandat législatif. *Troisièmement*, les «mesures correctrices» doivent être de nature temporaire et être abandonnées dès que l'objectif visé est atteint. *Quatrièmement*, ces mesures correctrices ne peuvent pas avoir une portée plus étendue que nécessaire.

44. À Chypre, les trois lois qui ont été adoptées pour transposer les directives de 2000 contiennent des dispositions relatives à l'action positive. Ces dispositions légalisent le traitement différencié dans certaines circonstances, mais n'arrivent pas à mettre en place des mesures d'action positive concrètes ni à créer un régime obligatoire. En 2002, la Cour suprême de Chypre a déclaré inconstitutionnel un ensemble de dispositions légales accordant, sur la base d'un système de quotas, la priorité d'emploi dans le secteur public aux personnes handicapées ainsi qu'aux personnes apparentées aux tués ou aux disparus de la guerre de 1974 et aux personnes souffrant d'une incapacité en raison de la guerre ⁽⁴¹⁾. La Cour avait fondé son raisonnement sur une interprétation de la Constitution selon laquelle le fait d'accorder une telle priorité représentait une discrimination à l'encontre des autres candidats éligibles à une nomination dans le service public. En 2005, une nouvelle loi est entrée en vigueur, aux termes de laquelle le système de quotas n'a été rétabli que pour les parents des tués ou des disparus de la guerre et pour les personnes souffrant d'une incapacité en raison de la guerre.

45. La Constitution finlandaise, de façon générale, n'interdit ni ne prescrit l'action positive. Toutefois, celle-ci n'est pas du tout autorisée dans le cadre du recrutement de fonctionnaires, car les critères de recrutement ont été énoncés avec précision dans la Constitution et ne prévoient pas l'action positive. En même temps, la Constitution exige de toutes les autorités qu'elles garantissent le respect des droits et libertés fondamentaux et des droits de l'homme. Pour cette raison, le législateur et le pouvoir judiciaire sont obligés d'assurer activement l'exécution de facto de ces droits.

La loi finlandaise de non-discrimination autorise de façon explicite des mesures spécifiques visant à la réalisation d'une véritable égalité afin de prévenir ou de réduire les désavantages causés par la discrimination. L'action positive

⁽³⁹⁾ Pour plus d'information, voir le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, compilation des informations contenues dans les rapports par pays concernant l'action positive, *Human Consultancy*, Bruxelles, 2006.

⁽⁴⁰⁾ Arrêt n° 157/2004 de la Cour constitutionnelle belge rendu le 6 octobre 2004, voir <http://www.arbitrage.be/public/f/2004/2004-157f.pdf>.

⁽⁴¹⁾ Cour suprême, *République de Chypre, représentée par la Commission de la fonction publique, contre Eleni Constantinou*, affaire en appel n° 3385, 26 septembre 2002.

doit être proportionnée à son but. Cette loi, qui oblige toutes les autorités à adopter des mesures pour promouvoir l'égalité, va donc au-delà des exigences minimales posées par les directives de 2000. Dans tous leurs actes, les autorités doivent chercher délibérément et méthodiquement à promouvoir l'égalité et à renforcer les pratiques administratives et opérationnelles qui assurent la promotion de l'égalité au niveau des travaux préparatoires et de la prise de décision. En particulier, les autorités sont tenues de modifier toute situation qui empêche la réalisation de l'égalité. Par ailleurs, le législateur finlandais dispose d'une large marge d'appréciation pour déterminer quel type de mesures s'impose dans une situation donnée, surtout si le projet de législation vise à améliorer la situation de groupes ou d'individus socialement défavorisés.

46. En Grèce, l'adoption de mesures positives pour la promotion de l'égalité est une obligation *imposée* à l'État en vertu de la Constitution révisée. Cette disposition est comprise comme le moyen de garantir le principe d'égalité proportionnelle et de contribuer à l'élimination des inégalités de fait. Même si les droits de la femme constituaient la principale préoccupation de la Constitution grecque de 2001, la formulation de cette disposition ne néglige personne, établissant une obligation d'État d'agir par des mesures positives en vue de l'élimination de toutes les formes d'«inégalités». La jurisprudence grecque a accepté et établi la légitimité des mesures législatives et administratives d'action positive visant au progrès de l'égalité entre hommes et femmes en Grèce. Le Conseil d'État a autorisé l'«action affirmative» publique qui est appropriée et nécessaire, pendant une certaine période, jusqu'à cessation d'une situation d'inégalité de fait.

47. La loi nationale hongroise prévoit un traitement préférentiel sans faire de distinction entre les motifs de discrimination protégés et sans se limiter au domaine de l'emploi. Selon l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur l'égalité de traitement (ETA), une «mesure visant à l'élimination de l'inégalité des chances qui se base sur une appréciation objective d'un groupe social expressément identifié n'est pas considérée comme une violation du principe d'égalité de traitement si elle est fondée sur une loi, sur un décret gouvernemental fondé sur une loi ou sur une convention collective, si cette mesure est en vigueur pendant une période définie ou jusqu'à l'atteinte d'une condition spécifique». L'article 11, paragraphe 2, devrait assurer la mise en conformité de l'action positive avec la jurisprudence de la CJCE en la matière, puisqu'il prévoit qu'une mesure visant à neutraliser un désavantage n'enfreint aucun droit fondamental, n'apporte pas d'avantage inconditionnel et n'exclut pas la prise en considération de circonstances personnelles. Certaines dispositions de la loi nationale *expressis verbis* autorisent l'action positive. Toutefois, l'action positive étant un concept relativement récent, elle n'a encore fait l'objet d'aucune jurisprudence.

48. Aux Pays-Bas, la loi générale sur l'égalité de traitement (GETA) impose des conditions claires aux mesures et aux politiques d'action positive. L'initiative à prendre doit être une mesure spécifique. Elle doit viser à accorder une position préférentielle aux femmes ou aux personnes appartenant à une minorité ethnique. Elle doit également viser à éliminer ou à réduire une inégalité de fait. Un rapport proportionné doit exister entre la mesure et l'objectif poursuivi. La définition néerlandaise aurait doté les politiques et les programmes d'action positive d'un champ d'application moins étendu que ce qu'autorisent les directives, puisqu'elle n'accepte pas les mesures qui visent à prévenir les désavantages mais seulement à les éliminer ou à les réduire.

49. En Slovaquie, la constitutionnalité de l'action positive est une question brûlante en raison de la position délicate des minorités raciales et ethniques. La Constitution de la Slovaquie contient des articles qui dérogent explicitement à la règle d'égalité stricte, en autorisant des mesures d'action positive au bénéfice des femmes, des femmes enceintes, des jeunes et des personnes handicapées. Ces catégories de personnes bénéficient d'une protection sanitaire plus étendue et de conditions de travail spéciales. L'adoption de mesures d'action positive a néanmoins été contestée en rapport avec d'autres motifs de discrimination. En 2005, la Cour constitutionnelle a été saisie par le gouvernement slovaque pour décider de la constitutionnalité d'une disposition générale d'action positive traitant notamment des *minorités raciales et ethniques* dans la nouvelle loi antidiscrimination. En octobre 2005, la Cour a décidé que la section concernée de la loi antidiscrimination n'était pas conforme à plusieurs dispositions

constitutionnelles ⁽⁴²⁾. Une Cour constitutionnelle divisée n'a cependant pas rejeté l'application de l'action positive en principe. Elle a déclaré que l'adoption de ce type d'action devait avoir un fondement constitutionnel, ce qui en Slovaquie n'était pas le cas pour l'origine raciale et ethnique.

50. En Slovénie, la «loi sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement» dispose que l'action positive consiste en mesures temporaires définies par la loi, conçues pour prévenir une situation moins favorable pour les personnes connaissant des conditions personnelles particulières ou pour compenser une situation moins favorable. En outre, la Constitution slovène stipule expressément, concernant l'égalité de traitement des Roms, que «le statut et les droits spéciaux des Roms vivant en Slovénie sont réglementés par la loi». Une autorisation constitutionnelle permet d'accorder une protection spéciale supplémentaire à la communauté rom et à ses membres.

51. Le principe de l'«action positive» est consacré par la Constitution espagnole, qui *oblige* les autorités publiques à promouvoir «les conditions pour garantir que la liberté et l'égalité des individus et des groupes qu'ils forment soient réelles et effectives». L'action positive exigée ne doit pas être considérée uniquement comme une «exception légitime», mais aussi comme une garantie de l'application du principe de l'égalité. À cet égard, la Cour constitutionnelle a maintenu à diverses occasions que les mesures d'action affirmative ne doivent pas être vues comme discriminatoires. Selon son interprétation, les actions entreprises par les autorités publiques pour remédier au désavantage en termes d'emploi de certains groupes socialement marginalisés sont en réalité requises par un engagement envers l'égalité dûment compris. L'action positive est présente dans les dispositions relatives au travail, à l'éducation et à d'autres domaines depuis l'adoption de la Constitution espagnole en 1978. Cette présence est manifeste dans la législation. La loi de 2003 transposant les directives contient trois articles qui développent le concept d'action positive. Le premier de ces articles concerne le domaine de l'emploi et du travail par rapport à tous les motifs de discrimination énoncés par les directives. Le deuxième dispose que les «conventions collectives peuvent comprendre des mesures visant à combattre toute forme de discrimination à l'emploi, à encourager l'égalité des chances et à prévenir le harcèlement fondé sur l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle». Le troisième de ces articles vise les diverses sphères de l'emploi et traite de l'origine raciale ou ethnique. La loi organique de 2007 pour l'égalité effective entre les femmes et les hommes dispose que, «afin d'assurer l'exercice effectif du droit constitutionnel à l'égalité, les autorités publiques adoptent des mesures spécifiques favorisant les femmes pour corriger des situations d'inégalité de fait évidentes par rapport aux hommes. De telles mesures restent applicables tant que lesdites situations persistent, doivent être raisonnables et proportionnées par rapport au but poursuivi dans chaque cas» (article 11, paragraphe 1).

52. En Suède, les lois de 1999 interdisant la discrimination dans la vie professionnelle sur la base de l'origine ethnique, de la religion ou d'autres convictions, de l'orientation sexuelle ou d'un handicap ne prévoient pas expressément d'action positive sous la forme d'un traitement préférentiel. Concernant la discrimination sexuelle, toutefois, la loi nationale suédoise contient une disposition expresse relative à l'action positive. L'interdiction de la discrimination directe ne s'applique pas si le traitement en question vise à promouvoir l'égalité en pratique dans la vie professionnelle et s'il ne comporte pas l'application de rémunérations ou d'autres conditions d'emploi pour un travail jugé égal ou de valeur égale. La loi de 1999 sur la discrimination ethnique contient également des règles relatives à des «mesures actives». Du point de vue du droit communautaire, les mesures autorisées par cette loi se situent dans le domaine de l'action positive au sens le plus général. Cette loi oblige les employeurs à mener un travail doté d'un objectif afin de promouvoir de façon active la diversité ethnique dans la vie professionnelle. Les domaines dans lesquels ces mesures doivent être prises concernent les conditions d'emploi et le recrutement des salariés, par exemple dans le secteur de la publicité. Enfin, la loi de 2003 sur l'interdiction de la discrimination autorise de façon occasionnelle un traitement préférentiel. Ces dispositions proscrivant la discrimination dans les activités du marché du travail disposent spécifiquement que cette interdiction ne concerne pas l'application de mesures dont le but est de promouvoir l'égalité des chances indépendamment de l'origine ethnique.

⁽⁴²⁾ Décision de la Cour constitutionnelle, PL. ÚS 8/04, voir http://www.concourt.sk/S/s_index.htm.

53. Au Royaume-Uni, les principales mesures d'action positive visant à l'atteinte de l'égalité se trouvent dans la récente législation imposant aux autorités publiques de promouvoir l'égalité. Les mesures les plus complètes sont les dispositions de la loi de 1998 sur l'Irlande du Nord (Northern Ireland Act), qui obligent les autorités publiques de certains types à exercer leurs fonctions en prenant dûment en considération la nécessité de promouvoir l'égalité des chances sur la base de neuf motifs de discrimination. L'Irlande du Nord a aussi vu l'adoption d'une action positive de grande envergure fondée sur la religion (voir le point 56). De plus, la loi britannique de 2000 sur les relations raciales impose à plusieurs autorités publiques l'obligation légale d'exercer leurs fonctions en prenant dûment en considération la nécessité d'éliminer la discrimination raciale illégale et de promouvoir l'égalité des chances et les bonnes relations entre personnes de différents groupes raciaux. La loi de 2005 sur la discrimination fondée sur un handicap a imposé aux autorités publiques, avec prise d'effets à partir de décembre 2006, une obligation comparable relative à la promotion de l'égalité pour les personnes handicapées. Le gouvernement a en outre inséré dans la loi sur l'égalité une obligation similaire concernant l'égalité sexuelle. En Irlande du Nord, l'ordonnance de 2006 sur la discrimination fondée sur un handicap oblige les autorités publiques de ce pays à prendre dûment en considération la nécessité de promouvoir des attitudes positives envers les personnes handicapées et d'encourager la participation de celles-ci à la vie publique.

5.2. Exemples de mesures générales d'action positive tirés de tous les États membres

5.2.1. Race et origine ethnique, notamment les Roms et d'autres minorités nationales

54. En Autriche, la protection des minorités nationales reconnues est accordée en vertu des traités d'État conclus en 1919 et en 1955. Le statut légal et les droits de ces minorités sont garantis par diverses dispositions constitutionnelles et partiellement mis en œuvre par la loi nationale sur les minorités.

À Chypre, certaines dispositions légales concernent l'éducation des enfants roms turcophones, prévoyant pour l'essentiel une légère subvention pour l'achat des uniformes scolaires, l'offre de repas à l'école et la fourniture de cours de langues. Néanmoins, ces avantages ne sont pas offerts à ce groupe pour leur qualité de Roms, mais pour celle de personnes «turcophones».

En République tchèque, un système de mesures fondées sur l'origine ethnique aide les étudiants roms dans l'enseignement supérieur en leur octroyant des subventions spéciales de l'État. Les programmes d'action positive au bénéfice des Roms n'ont pas de fondement dans la législation et sont habituellement établis par décret ou résolution du gouvernement.

Dans le droit public danois, une présomption générale est dirigée contre les mesures positives accordant, sur le marché du travail, un traitement préférentiel aux personnes en raison de leur race ou de leur origine ethnique. Cela n'empêche toutefois pas l'adoption de mesures visant à améliorer les possibilités d'emploi, entre autres des personnes d'une certaine race, couleur de peau ou origine ethnique, en vertu d'autres dispositions législatives, de règles dotées d'une base juridique différente ou d'autres mesures publiques. Le droit de prendre des mesures spéciales ne s'applique pas aux employeurs privés.

L'Estonie essaie de remédier aux inégalités entre communautés ethniques en faisant la promotion des cours d'estonien parmi la population non estonienne.

En Finlande, chaque autorité publique doit élaborer un plan visant à favoriser l'égalité ethnique. Ce plan doit être aussi étendu que le requiert la nature des activités de l'autorité concernée.

La législation allemande contient des dispositions sur l'action positive, notamment des arrangements institutionnels pour les minorités autochtones, la promotion de leur langue, la protection de leur territoire, des règles préférentielles relatives à leur représentation politique, etc. Ces dispositions sont soutenues constitutionnellement par certaines clauses politiques fondamentales inscrites dans les constitutions des Länder.

L'État grec suit la pratique de l'action positive en faveur de la «minorité musulmane» (principalement d'origine turque) dans la région de Thrace. Le statut de cette minorité est régi par le traité de paix conclu à Lausanne en 1923. Malgré la référence à une caractéristique religieuse, ce traité consacre en réalité la protection des groupes ethniques, c'est-à-dire des groupes ethniques grecs en Turquie et des groupes ethniques turcs en Grèce, en particulier dans les domaines de l'éducation et de la religion.

En Hongrie, le ministère du travail finance de nombreux programmes ayant pour but de faciliter l'insertion et la réinsertion de travailleurs roms sur le marché du travail. Ces programmes portent notamment sur la formation professionnelle et le recyclage, l'aide à la création d'une entreprise, la participation de travailleurs roms aux programmes d'emploi publics, l'aide en matière de salaires et de contributions de sécurité sociale aux employeurs occupant des travailleurs roms, etc.

En Lituanie, le plan stratégique d'activités abrégé du département des minorités nationales et des Lituaniens expatriés a été adopté en 2005. Ce document vise à renforcer l'intégration des Roms dans la société lituanienne.

En Pologne, sur le plan politique, une préférence est accordée aux minorités nationales en ce sens que leurs commissions électorales sont exemptées de l'exigence d'obtenir au moins 5 % des voix pour pouvoir être prises en compte dans la répartition des sièges au Parlement. Dans les domaines de l'éducation et de la culture, les écoles des minorités nationales reçoivent des subventions majorées de 20 % comparativement aux autres écoles. De plus, le ministère de la culture subventionne la presse et d'autres publications des minorités nationales et ethniques et parraine les événements culturels organisés par elles. Un programme lancé par le gouvernement pour les années 2004 à 2013 vise à prêter assistance à tous les Roms vivant dans le pays.

Au Portugal, des médiateurs culturels ont été recrutés parmi la communauté rom afin d'établir des ponts entre les enfants, les familles et les écoles. Les fonctions de ces médiateurs culturels consistent à promouvoir le dialogue social, à contribuer à l'intégration des minorités ethniques, à intervenir si nécessaire dans les procédures sociales et éducatives et à aider les personnes dans leurs contacts avec les services publics ou privés.

Malgré les débats constitutionnels mentionnés ci-dessus, il y a certaines dispositions du droit slovaque, en particulier dans le domaine de l'éducation, qui présentent les caractéristiques de l'action positive liée à la communauté rom, même si ces dispositions ne font pas directement référence aux Roms ni à aucune autre minorité ethnique. Les autres domaines soutenus par le gouvernement par l'intermédiaire de divers projets sont les soins de santé, le logement, le développement d'œuvres sociales et de travail social pour les Roms.

La Slovénie est soucieuse d'améliorer la situation de la communauté rom: sa Constitution évoque déjà son statut et ses droits spéciaux dans l'État slovène. Plusieurs lois accordent aux Roms la participation politique aux affaires publiques et privées et constituent une base juridique apte à la résolution des problèmes liés à leur exclusion sociale: conditions d'existence précaires, taux de chômage élevé et manque d'accès à l'éducation. Diverses autres mesures de développement régional ou de financement de l'éducation sont liées à l'action positive en faveur de la communauté rom. D'autres mesures encore concernent les minorités nationales italienne et hongroise.

Outre les dispositions constitutionnelles et légales citées ci-dessus concernant, entre autres, l'action positive en rapport avec l'origine raciale et ethnique, l'Espagne met en œuvre des plans d'action nationaux. Le troisième «plan d'action national pour l'intégration sociale dans le Royaume d'Espagne» (2005-2006) comprend des mesures

spéciales visant à aider les personnes les plus vulnérables. Ces mesures couvrent de nombreux domaines d'activité des autorités publiques: éducation, logement, santé, formation, emploi et services sociaux. Les Roms figurent parmi les groupes bénéficiant d'une attention particulière.

Au Royaume-Uni, la loi sur les relations raciales et l'ordonnance du même nom permettent l'action positive: elles autorisent les personnes d'un groupe racial donné à accéder aux facilités qui répondent à leurs besoins spécifiques en matière d'éducation, de formation et d'aide sociale. Elles permettent aussi de dispenser des formations ou des encouragements aux membres d'un groupe racial précis en rapport avec les emplois dans lesquels ce groupe est sous-représenté.

5.2.2. Handicap

55. En Autriche, les mesures d'action positive relatives au handicap sont contenues dans les dispositions législatives en matière de sécurité sociale, de compensation, d'assurances, d'assistance et de travail. Dans le domaine de la sécurité sociale, les services de pension sont autorisés à assurer, entre autres, la réhabilitation professionnelle. Quant au domaine du droit du travail, les agences de l'emploi sont explicitement obligées par la loi d'accorder, dans l'exercice de leurs fonctions, une attention particulière aux personnes handicapées. Elles sont également autorisées à verser des sommes destinées à couvrir les coûts afférents à l'entrée en service dans un emploi, à la promotion de la formation ou du recyclage, ou à l'insertion de personnes sur le marché du travail.

Une loi chypriote de 2004 censée transposer la directive 2000/78/CE n'a pas établi le vaste champ d'application énoncé par l'article 7 de la directive-cadre concernant les mesures positives. La loi 1/1990 sur la fonction publique dispose que, au moment de pourvoir les postes vacants dans la fonction publique, il faut accorder la priorité aux candidats handicapés qui répondent aux conditions fixées. De même, la loi sur les personnes handicapées établit des mesures visant à la création d'opportunités d'emploi par la mise en place de programmes d'emploi spécifiques. Diverses autres mesures comprennent la réintégration dans l'emploi des personnes handicapées au sein de l'entreprise même où l'incapacité est survenue, ainsi qu'une protection spéciale contre le licenciement.

Les employeurs tchèques sont tenus de communiquer aux bureaux de l'emploi les postes vacants pouvant être pourvus par des personnes handicapées. L'État verse des indemnités aux employeurs dont le personnel se compose d'au moins 50 % de personnes handicapées. Les personnes reconnues comme handicapées par le service public de sécurité sociale ont le droit de bénéficier d'une orientation professionnelle, de services de recherche d'un emploi adéquat, comme salariés ou indépendants, d'une préparation théorique et pratique pour un emploi ou un métier ou pour en changer.

Au Danemark, les employeurs privés ont la possibilité de pratiquer l'action positive en engageant de préférence des personnes handicapées afin de contrer leur sous-représentation sur le marché du travail. Une loi de 2001 vise à faciliter l'insertion professionnelle des personnes handicapées en autorisant l'action positive et diverses autres mesures compensatoires. Ses principaux éléments sont la priorité pour certains emplois (surtout dans le secteur public), l'assistance personnelle, des aides techniques, l'adaptation du lieu de travail, des subventions salariales et un programme de tutorat.

En 2004, le gouvernement néerlandais a lancé sa «politique inclusive», qui consiste en une sorte d'intégration de politiques sociales permanentes en faveur des personnes handicapées. Les propositions soumises dans ce cadre ont trait à une grande diversité de mesures, allant de la fabrication d'appareils de vote électronique utilisables par les personnes aveugles à l'adaptation de maisons aux besoins des personnes âgées et des personnes en chaise roulante.

L'Estonie favorise l'emploi des personnes handicapées en payant les cotisations sociales des travailleurs qui ont perdu au moins 40 % de leur capacité de travail et qui sont occupés dans une entreprise, une association sans but lucratif ou une fondation figurant dans une liste établie par le ministère des affaires sociales.

En Finlande, l'administration du travail fournit des services de réinsertion professionnelle à travers 120 bureaux de l'emploi répartis dans tout le pays. Les personnes handicapées ont accès aux services d'orientation professionnelle, d'orientation pour un placement ou une formation, aux conseils d'emploi, aux formations et aux travaux de promotion de l'emploi, aux emplois à l'essai sur le lieu de travail et en établissement de formation professionnelle. Des subventions salariales sont également possibles.

En France, les personnes handicapées peuvent travailler en environnement ordinaire ou en environnement protégé, notamment dans des centres d'aide au travail (CAT), des ateliers protégés ou des centres de distribution de travail à domicile. Les salariés handicapés ont le droit de demander un horaire de travail flexible afin de faciliter leur intégration professionnelle ou le maintien de leur emploi. Ils bénéficient d'un statut spécifique doté d'une protection spéciale en cas de licenciement et peuvent prendre une retraite anticipée à des conditions avantageuses.

En Allemagne, le droit de la sécurité sociale autorise l'octroi de financements d'État aux personnes handicapées afin de les aider à participer à la vie active dans des domaines tels que la formation et l'éducation, les équipements et les transports. Au même titre, des aides financières sont accordées aux employeurs pour couvrir les coûts afférents à l'intégration des personnes handicapées dans ces domaines. Toute personne handicapée peut revendiquer auprès de son employeur son droit à des conditions de travail adéquates. Elle peut exiger un traitement préférentiel concernant la promotion et la formation. Plusieurs autres droits spéciaux au bénéfice des personnes handicapées ont été incorporés dans les lois allemandes, par exemple une procédure spéciale impliquant les autorités publiques en cas de licenciement ordinaire d'une personne handicapée.

En Grèce, le programme d'organisation pour l'emploi de la main-d'œuvre (OAED), fondé sur une décision ministérielle, offre des subventions salariales aux employeurs occupant des personnes handicapées inscrites pendant une période maximale de trois ans.

En Italie, par rapport aux motifs de discrimination couverts par les directives, l'action positive à proprement parler ne s'applique qu'aux personnes handicapées, sur la base d'un ensemble de règles complexes. Les interventions couvrent diverses formes d'assistance personnelle, des services d'aide personnelle, des services de logement pour les cas d'urgence et un remboursement partiel des dépenses d'assistance. Dans le domaine de l'emploi, une autre loi établit un ensemble de politiques en faveur des personnes gravement handicapées.

En Lettonie, les dispositions d'action positive ne couvrent, pour l'essentiel, que le domaine du handicap. Elles consistent en une réduction des cotisations sociales et en un projet pilote géré par le service public de l'emploi qui vise à créer des placements professionnels subventionnés pour les personnes handicapées.

Au Luxembourg, la loi sur les travailleurs handicapés accorde un statut spécial à certaines personnes handicapées sur le marché du travail. Une fois reconnue la qualité de travailleur handicapé, la commission d'orientation professionnelle recommande un emploi, une formation ou un recyclage professionnel, des cours d'introduction ou un stage, selon le cas, au département approprié. Ce dernier peut accorder une contribution d'État (de 40 à 60 %) pour le paiement du salaire, une contribution aux coûts de formation, une prime, assurer l'adaptation du lieu de travail ou de son accès, fournir le matériel adéquat, etc.

À Malte, les «règlements de 2001 sur la promotion de l'entreprise» établissent des mesures d'incitation dont bénéficient les entreprises qui créent des emplois pour les chômeurs inscrits ayant un handicap.

La loi polonaise sur la réadaptation professionnelle et sociale et l'emploi des personnes handicapées prévoit un système d'incitations pour soutenir les employeurs occupant des personnes handicapées.

Les règles du code du travail relatives au télétravail sont considérées comme de l'action positive au Portugal. Cette nouvelle méthode de travail peut profiter aux citoyens handicapés.

Le code du travail slovaque assure aux salariés handicapés des conditions de travail qui leur permettent d'utiliser et de développer leurs compétences professionnelles, compte tenu de leur état de santé. La loi sur les services d'emploi garantit, en faveur de ces personnes, le droit à des conditions de travail spéciales, des services de conseil, la formation et l'orientation professionnelles, l'existence de lieux de travail protégés éligibles à une aide d'État, une aide financière pour la création de lieux de travail adaptés aux personnes handicapées, une aide financière pour la mise à disposition d'un assistant de travail, etc. Les personnes handicapées bénéficient d'une protection spéciale contre le licenciement, qui ne peut leur être notifié qu'après approbation par l'office national du travail.

En Slovénie, les personnes handicapées bénéficient de droits spéciaux en vertu de règlements relatifs à leur formation et à leur emploi. Celles capables d'exécuter l'un ou l'autre type de travail reçoivent un emploi approprié à leurs capacités, un emploi à temps partiel, une réadaptation professionnelle, une compensation pour la perte de revenu ou une protection contre le licenciement, à moins qu'il n'y ait pas d'autre emploi à temps plein ou partiel approprié. L'Association des salariés handicapés de Slovénie et la chambre de commerce ont signé un accord portant sur des lignes directrices relatives à l'emploi des personnes handicapées. Cet accord oblige expressément les employeurs à veiller tout particulièrement à l'égalité des chances pour les personnes handicapées sur le lieu de travail.

La loi espagnole sur l'égalité des chances, la non-discrimination et l'accessibilité universelle pour les personnes handicapées prévoit une série de mesures d'action positive pour combattre la discrimination subie par les personnes handicapées. Ces mesures peuvent prendre la forme d'une aide additionnelle (aide financière, soutien technique, assistance personnelle, etc.), mais aussi de règles, de critères ou de pratiques plus favorables. La loi citée prévoit des mesures de promotion de l'égalité ainsi que des mesures d'action positive dont la finalité est une politique d'encouragement. Ces mesures sont, entre autres, des formations de sensibilisation, des mesures d'innovation et de développement technique ou des plans et des programmes relatifs à l'accessibilité et à la non-discrimination. D'autres mesures prévoient des incitations pour l'engagement de personnes handicapées pour une durée permanente ou temporaire, des centres d'emploi spéciaux, des centres professionnels ou des plans d'accessibilité nationale.

En Suède, la loi autorise la prise de mesures d'action positive en faveur des personnes handicapées. Une série de mesures spéciales sont possibles dans le domaine de la vie professionnelle. Elles ont pour but de compenser directement ou indirectement les désavantages liés au handicap. Dans certains cas, des subventions salariales sont possibles. Une personne handicapée peut aussi avoir droit à certaines mesures d'aide visant à récupérer ou à maintenir ses capacités de travail.

Au Royaume-Uni, la loi sur la discrimination à l'encontre des personnes handicapées (DDA) permet de pratiquer la discrimination en faveur d'une personne handicapée sur la base de son incapacité dans les domaines de l'emploi, de l'enseignement supérieur et de troisième cycle, et de l'accès aux biens, aux facilités et aux services. Cette loi peut obliger les autorités publiques à adopter certaines formes d'action positive si nécessaire. De plus, le ministère du travail et des pensions, par l'intermédiaire de son *Jobcentre Plus* (une combinaison de centre d'emploi et d'office de sécurité sociale), soutient une série de mesures positives destinées à aider les personnes handicapées à trouver un emploi, cela dans le but de prévenir ou de compenser les désavantages liés à leur handicap.

5.3. Mesures d'action positive motivées par la religion en Irlande du Nord

56. L'Irlande du Nord recourt à l'action positive, en particulier grâce à l'*ordonnance sur l'égalité d'emploi et de traitement (FETO)*, afin de vaincre et/ou de compenser la discrimination historique subie par les catholiques romains ou les protestants. Cette ordonnance exige l'inscription de tous les employeurs occupant au moins 10 salariés et oblige ces employeurs à surveiller la composition de leur main-d'œuvre par rapport au critère du nombre de membres des communautés catholique romaine ou protestante et également au critère du sexe. Les actes posés par les employeurs, les agences de placement ou les organisations professionnelles dans un but d'action positive sont explicitement qualifiés de légaux. La Commission de l'égalité pour l'Irlande du Nord (ECNI) dispose de pouvoirs d'enquête, d'investigation, etc., mais aussi du pouvoir de recommander ou d'imposer aux employeurs d'adopter certaines «actions affirmatives» pendant une période déterminée. Avec l'approbation de l'ECNI, un employeur ou une agence de formation peut en toute légalité fournir des formations à des personnes d'une religion donnée en vue d'un emploi dans une entreprise précise d'Irlande du Nord où les personnes de cette religion sont sous-représentées. Étant donné que le champ d'application de l'«action affirmative» prévue dans l'ordonnance FETO ne s'étend qu'aux protestants et aux catholiques romains, et que la clause relative à la formation ne s'applique que dans le cadre d'une entreprise précise, cet ensemble de mesures ne va probablement pas aussi loin que l'autorise l'article 7 de la directive-cadre sur l'emploi.

La *directive-cadre sur l'emploi* prévoit une exception spécifique en autorisant l'action positive dans le cadre du recrutement dans les services de police d'Irlande du Nord. Ainsi, en vertu de la loi de 2000 relative à la police, 50 % des personnes recrutées en qualité de policiers stagiaires ou personnel de soutien doivent être de confession catholique romaine et 50 %, d'une autre confession. Ces mesures ont pour but de remédier à la sous-représentation historique des catholiques romains.

5.4. Quotas de personnes handicapées

57. L'Autriche oblige les employeurs tant publics que privés à engager des personnes handicapées selon un système de quotas, en vertu duquel chaque groupe de 25 salariés doit aller de pair avec au moins une personne handicapée. Les travailleurs handicapés doivent être des ressortissants autrichiens ou de l'un des États membres de l'Espace économique européen (EEE). Les ressortissants de pays tiers ne conviennent à un tel emploi que si l'asile leur a été accordé. De plus, le degré d'incapacité des travailleurs concernés doit être d'au moins 50 %. Les employeurs peuvent opter pour le paiement d'un certain montant au lieu d'offrir un emploi, une exception à laquelle recourent beaucoup d'entre eux.

La Belgique n'applique pas de système de quotas pour l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé. Certaines dispositions fédérales et régionales prévoient de tels quotas pour le recrutement dans le secteur public. Dans l'administration fédérale, 2,5 % des postes sont réservés aux personnes handicapées. Des dispositions similaires ont été adoptées par les diverses communautés et régions de Belgique. Ces dispositions vont en général de pair avec des mesures de promotion de la diversité visant à la reconnaissance des personnes handicapées comme sous-groupe. Au niveau fédéral, les personnes inscrites comme handicapées peuvent figurer sur des listes de réserve en vue d'un emploi dans l'administration publique, cela pendant une période illimitée. Au cours des procédures de sélection, les personnes handicapées sont inscrites sur une liste séparée, ce qui permet au bureau de sélection de faciliter le respect des dispositions relatives aux quotas.

Chypre a instauré un quota concernant l'emploi de personnes handicapées dans le secteur éducatif, un système de stationnement préférentiel, un système pour convertir en emploi permanent le travail temporaire ou horaire des fonctionnaires handicapés, un système de quotas pour l'emploi de téléphonistes aveugles dans le secteur public et un quota d'emplois dans les entreprises privées occupant plus de 10 salariés. Néanmoins, l'application de ces quotas dans le domaine de l'emploi est retardée en raison de questions constitutionnelles.

Les employeurs tchèques ayant à leur service plus de 25 salariés sont tenus d'adopter l'une de ces trois mesures: occuper un certain pourcentage de personnes handicapées (4 %), commander des biens ou des programmes de travail à des employeurs qui emploient plus de 50 % de salariés handicapés ou verser des paiements au budget de l'État. Les employeurs préfèrent souvent effectuer ces paiements plutôt qu'engager des personnes handicapées.

Le Danemark n'a jamais utilisé de système de quotas concernant la participation des personnes handicapées au marché du travail.

La loi néerlandaise sur la réinsertion professionnelle des personnes handicapées (REA) consacre la possibilité de prescrire des quotas. Cette possibilité n'a toutefois pas encore été utilisée. Le but premier de cette loi est d'éliminer les préjugés entourant l'emploi de personnes handicapées.

En France, tout employeur occupant plus de 20 salariés doit en principe employer au moins 6 % de travailleurs handicapés. Néanmoins, les employeurs peuvent choisir de verser une contribution financière à un fonds qui finance l'intégration des travailleurs handicapés.

Le code social allemand oblige tout employeur ayant à son service plus de 20 salariés d'employer au moins 5 % de personnes gravement handicapées. Cette disposition n'est qu'un devoir général dont le non-respect ne suppose pas nécessairement une discrimination illégale.

En Grèce, les employeurs ayant un personnel d'au moins 50 travailleurs sont tenus d'engager des travailleurs handicapés placés par une autorité publique. La loi accorde aux personnes handicapées la priorité absolue sur tous les autres groupes spéciaux protégés dans le secteur public et une priorité de second rang dans le secteur privé. Comme la demande dépasse le nombre de postes vacants, des tests spécifiques sont effectués pour sélectionner et recruter les candidats.

En Irlande, le gouvernement a pour politique d'atteindre un quota de 3 % pour l'emploi de personnes handicapées, cela tant dans la fonction publique que dans les services collectifs.

L'Italie a institué l'obligation pour les entreprises publiques et privées d'engager des personnes handicapées à raison de 7 % du total de la main-d'œuvre, si l'entreprise (privée) compte un personnel dépassant 50 salariés. L'employeur qui prouve qu'il n'est pas en mesure d'engager des personnes handicapées doit verser une contribution financière au Fonds régional pour l'emploi.

En Lettonie, il n'existe pas de quotas pour l'accès des personnes handicapées au marché du travail.

La Lituanie a mis en place des quotas d'emplois en faveur des personnes handicapées. Des garanties supplémentaires sont apportées par la loi sur l'intégration sociale des personnes handicapées, qui a également mis en place un système de quotas obligatoires dans l'emploi et offre des incitations aux employeurs pour les encourager à respecter ce système.

À Malte, la loi sur l'emploi des personnes handicapées a institué l'engagement obligatoire d'un certain pourcentage de personnes handicapées demandeuses d'emploi. Ce système s'applique aux employeurs dont le personnel compte au moins 20 salariés. Le ministre du gouvernement compétent spécifie par décret le pourcentage ordinaire. Un «pourcentage spécial» peut être décidé pour les types d'emplois présentant des caractéristiques distinctives les rendant particulièrement adaptés aux personnes handicapées.

Au Portugal, des quotas ont été établis pour l'emploi des personnes handicapées. Ils vont jusqu'à 2 % dans les entreprises privées et 5 % dans le secteur public, mais n'ont jamais été appliqués.

Tout employeur slovaque qui occupe au moins 20 salariés est obligé d'engager des personnes handicapées si l'office local du travail a un certain pourcentage de demandeurs d'emploi handicapés inscrits dans son registre. L'employeur qui ne répond pas à cette obligation est tenu de verser à l'office du travail l'équivalent de trois salaires minimaux pour chaque personne qu'il n'a pas engagée.

En Slovénie, les employeurs ayant à leur service au moins 20 salariés sont obligés d'engager de 2 à 6 % de personnes handicapées, en fonction de la nature de leurs activités. Les entreprises qui ne respectent pas cette obligation sont tenues de verser au Fonds de promotion de l'emploi des personnes handicapées des contributions équivalant à 70 % du salaire minimal pour chaque personne handicapée qu'elles auraient dû engager.

La loi espagnole sur l'intégration des personnes handicapées oblige les entreprises publiques et privées de plus de 50 travailleurs à employer 2 % de travailleurs handicapés. Deux types de mesures de remplacement ont par ailleurs été prévus: des contrats de fournitures et de services à conclure avec les centres de travail spéciaux, et des dons en liquide à des fondations ou à des associations publiques dont la mission consiste à promouvoir l'intégration professionnelle des personnes handicapées. Pour atteindre cette proportion de 2 %, les offres d'emploi dans le secteur public vont de pair avec l'application d'un quota selon lequel au moins 5 % des postes vacants sont à pourvoir par des personnes dont le degré d'incapacité est égal ou supérieur à 33 %.

Ni la Suède ni le Royaume-Uni n'ont inscrit dans leur loi nationale un système de quotas en faveur des personnes handicapées.

58. Le tour d'horizon ci-dessus illustre l'écart notable qui existe entre la théorie et la pratique. Alors que de nombreux États membres possèdent en théorie un système de quotas pour l'emploi des personnes handicapées, l'impact pratique d'un tel système est souvent modeste, cela pour deux raisons: soit il n'a pas été mis en œuvre, car son champ d'application est limité, souvent restreint à l'emploi dans le secteur public; soit il prévoit une option d'exemption ou de paiement compensatoire, que ce soit à titre de sanction formelle ou d'alternative à l'emploi.

Dos Santes | 1961

Chapitre VI

Références internationales en matière de droits de l'homme

6.1. Droits de l'homme, droit communautaire et directives de 2000

59. L'Union européenne n'est en général pas une partie signataire aux instruments internationaux visant à protéger les droits fondamentaux de ses citoyens. Toutefois, tous les États membres de l'Union le sont, et ce dénominateur commun transparaît aussi au niveau communautaire à divers égards. La CJCE a reconnu depuis longtemps que «le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit communautaire»⁽⁴³⁾. La Cour s'est en outre préparée à évaluer la compatibilité des lois des États membres avec les droits fondamentaux, dans la mesure où ces lois relèvent du champ d'application du droit communautaire, en particulier lorsque les États membres appliquent des dispositions du droit communautaire fondées sur la protection des droits de l'homme [Craig et Burca (de), p. 337-349].

Le rôle communautaire des droits de l'homme a été souligné avec une nouvelle vigueur par les développements récents du *droit primaire européen*, par exemple l'article 6 du traité sur l'Union européenne et la charte des droits fondamentaux. Dans le contexte du droit relatif à la discrimination, l'introduction de l'article 13 du traité CE par le traité d'Amsterdam reflète un lien avec un programme en matière de droits de l'homme (Ellis, 2002, p. 293-294). Ce lien a déjà aidé la Cour à se décider dans l'interprétation de la directive-cadre dans l'affaire *Mangold*⁽⁴⁴⁾.

60. Le lien entre le droit de l'UE relatif à la discrimination et les droits de l'homme mais aussi l'existence de dispositions sur la non-discrimination dans le droit européen et les droits de l'homme internationaux pénètrent ainsi dans le domaine des droits de l'homme, qui est à la fois potentiellement important et utile pour le développement des directives de 2000. Important, parce toute divergence de normes pourrait compliquer les choses au niveau communautaire ou au niveau national. Utile, car l'expérience en matière de droits de l'homme peut s'avérer précieuse étant donné l'actuelle immaturité des dispositions d'action positive contenues dans les directives.

Les sections suivantes présentent une vue d'ensemble introductive des dispositions d'antidiscrimination et de leur dimension positive dans diverses sources de droits de l'homme. *Elles ne prétendent pas analyser la force juridique de ces dispositions.*

6.2. L'action positive dans le droit européen en matière de droits de l'homme

6.2.1. Article 14 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

61. La CEDH contient une clause de non-discrimination exempte de référence à l'action positive:

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

Un débat est en cours pour déterminer si l'article 14 sert de disposition indépendante ou seulement d'accessoire aux droits et aux libertés explicitement protégés par la CEDH. Quel que soit son statut, la notion de «discrimination» contenue dans cet article est généralement interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la CrEDH) dans un *sens formel*, nécessitant donc la preuve d'un traitement inégal, sans justification objective ni raisonnable, dans deux situations comparables. Dans le même ordre d'idées, la CrEDH exige également que les

⁽⁴³⁾ Affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, point 4, Recueil 1970, p. 1125.

⁽⁴⁴⁾ Affaire C-144/04, *Mangold*, Recueil 2005, p. I-9981.

situations inégales soient traitées de façon inégale ⁽⁴⁵⁾. L'accent apparemment placé sur l'égalité formelle a incité certains auteurs à conclure que la CEDH était incapable de reconnaître «la mesure dans laquelle des règles neutres sont enracinées dans les valeurs des groupes dominants de la société» (Fredman, 2001, p. 34).

62. La CrEDH n'a pas encore dû juger directement la validité des mesures d'action positive prises par un État partie à cette convention. Une application rigoureuse du principe de l'égalité formelle pourrait entraîner des difficultés analogues à celles que l'on rencontrerait dans le cadre du droit communautaire. Toutefois, la nature ouverte, typique des droits fondamentaux protégés par la CEDH, fournit une soupape de sûreté sous la forme de la rubrique générale intitulée «*Justification objective et raisonnable*». De ce point de vue, l'action positive qui revient à de la discrimination peut être conciliée avec l'article 14 si le traitement inégal en question est doté d'une justification objective et raisonnable (Goedertier, p. 84). La «discrimination positive» correctrice pratiquée dans une situation de discrimination existante peut ainsi constituer un objectif légitime de traitement inégal au sens de l'article 14 (Tsatsa-Nikolovska, p. 31). Par exemple, la Commission européenne des droits de l'homme de l'époque a reconnu qu'un avantage fiscal accordé aux femmes mariées pouvait avoir comme justification objective et raisonnable de constituer une discrimination positive visant à encourager ces femmes à se réinsérer dans la vie active ⁽⁴⁶⁾ (Flauss, p. 420).

63. Même si l'article 14 de la CEDH peut donc *accepter* des formes d'action positive pouvant aller jusqu'à une discrimination, on peut encore se permettre de douter qu'il peut effectivement *obliger* les États à adopter une action positive. Dans l'affaire *Thlimmenos*, la CrEDH a répondu par l'affirmative à cette question, en déclarant que l'article 14 est transgressé «lorsque des États, sans justification objective et raisonnable, n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont différentes» ⁽⁴⁷⁾. Cette position a semblé annoncer l'amorce d'un certain devoir positif d'agir de la part des États, «la nécessité, au moins dans certaines circonstances, de prendre des arrangements spéciaux pour des partenaires de certaines catégories» (Wildhaber, p. 81). Néanmoins, la CrEDH semble avoir fait marche arrière, par rapport à sa position dans l'affaire *Thlimmenos*, dans une série d'affaires postérieures dans lesquelles des bohémiens avaient entamé une action pour obtenir un traitement spécial de leurs sites de campement ⁽⁴⁸⁾; la CrEDH avait apparemment été déconcertée par des «problèmes substantiels» relevant résolument de la politique sociale générale (Akandji-Kombé, p. 58).

6.2.2. Le protocole n° 12

64. Étant donné le débat sur la valeur indépendante ou accessoire de l'article 14 de la CEDH, le protocole n° 12 y a été ajouté en 2000. Ce protocole établit un droit indépendant et général de ne pas faire l'objet d'une discrimination:

«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» (article 1, italiques ajoutés).

⁽⁴⁵⁾ Affaire *Thlimmenos contre Grèce*, requête n° 34369/97, arrêt du 6 avril 2000.

⁽⁴⁶⁾ *Lindsay contre Royaume-Uni* (1986) 49 GRD 181, Commission européenne des droits de l'homme, cité dans Clayton, Tomlinson et George, p. 1238.

⁽⁴⁷⁾ Affaire *Thlimmenos contre Grèce*, requête n° 34369/97, arrêt du 6 avril 2000.

⁽⁴⁸⁾ Affaires *Beard contre Royaume-Uni*, *Chapman contre Royaume-Uni*, *Coster contre Royaume-Uni*, *Jane Smith contre Royaume-Uni* et *Lee contre Royaume-Uni*, requêtes n°s 24882/94, 27238/95, 24876/94, 25154/94, 25289/94, arrêt du 18 janvier 2001.

Le protocole n° 12 reste délibérément muet au sujet de la dimension positive de son droit général à la non-discrimination. Le rapport explicatif souligne ceci :

«La formulation de l'article 1 reflète une approche équilibrée des éventuelles obligations positives des parties aux termes de cette disposition. [...] La même question se pose à l'égard des mesures visant à remédier à des cas de discrimination. Si de telles obligations positives ne peuvent être globalement exclues, l'objectif principal de l'article 1 est d'établir pour les parties une obligation négative: celle de s'abstenir de toute discrimination à l'encontre des individus» (paragraphe 24).

65. Le protocole n° 12 ne veut donc s'engager dans aucune direction: il n'opte pas pour des obligations positives, mais ne les exclut pas non plus (Wildhaber, p. 82). Par essence, il maintient le statu quo de l'article 14 de la CEDH, comme son préambule le suggère: la possibilité — mais pas l'obligation — pour les États de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une *justification objective et raisonnable*. Il n'est donc pour l'essentiel pas sûr que les mesures d'action positive soient compatibles avec le principe de non-discrimination (O'Hare, p. 137).

De plus, en tant qu'instrument des droits de l'homme, ce protocole vise à l'évidence la discrimination de la part d'une «autorité publique». À ce titre, il n'a pas pour but d'imposer aux États une obligation positive générale de prendre des mesures pour éviter toute discrimination commise par des *parties privées* ou d'y remédier. Le rapport explicatif note qu'«une telle obligation de caractère programmatore s'accommoderait mal du caractère global de la convention et de son système de contrôle, qui sont fondés sur une garantie collective des droits individuels énoncés en des termes suffisamment spécifiques pour être justiciables» (voir le point 16; Arnadottir, p. 113).

Même sans obligation positive générale à l'égard de la discrimination, le protocole n° 12 peut imposer des *obligations positives spécifiques* aux États. Ceux-ci ont l'obligation spécifique d'aligner leur législation sur la protection contre la discrimination. Toutefois, une obligation positive relative aux relations entre *particuliers* ne peut en être déduite qu'à titre exceptionnel si cette obligation concerne les relations dans la sphère publique, pour lesquelles l'État a une certaine responsabilité (Goedertier, p. 83).

6.2.3. La charte sociale européenne

66. La CEDH est pour l'essentiel un instrument des droits de l'homme de la première génération qui oblige ses parties contractantes à ne pas interférer avec l'exercice de droits et de libertés des personnes dans leur juridiction. La charte sociale européenne est d'une nature différente. Elle contient une énumération de droits sociaux et économiques dont l'exercice requiert de ses parties contractantes le développement d'un programme politique impliquant action et promotion. La partie I de la charte sociale commence ainsi:

«Les parties reconnaissent comme objectif d'une politique *qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles*, sur les plans national et international, la *réalisation de conditions* propres à assurer l'*exercice effectif des droits et principes* suivants» (italiques ajoutés).

Ce vigoureux engagement politique envers l'exercice effectif de droits et de principes, qui est détaillé dans les dispositions de la partie II de la charte, constitue réellement un *devoir d'action positive considérable et prépondérant*. Il s'applique, entre autres, aux dispositions suivantes:

- le droit des *enfants* et des *adolescents* à une protection spéciale contre les dangers physiques, ainsi qu'à une protection sociale, juridique et économique appropriée (articles 7 et 17);
- le droit des *travailleuses, en cas de maternité*, à une protection spéciale (article 8);

- le droit des *personnes handicapées* à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté (article 15);
- le droit des *ressortissants de l'une des parties* d'exercer sur le territoire d'une autre partie toute activité lucrative, sur un pied d'égalité avec les nationaux de cette dernière (article 18);
- le droit des *travailleurs migrants ressortissants de l'une des parties et leurs familles* à la protection et à l'assistance sur le territoire de toute autre partie (article 19);
- le droit des travailleurs à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, *sans discrimination fondée sur le sexe* (article 20);
- le droit de toute *personne âgée* à une protection sociale (article 23);
- le droit des *personnes ayant des responsabilités familiales* de travailler sans être soumises à des discriminations et sans qu'il y ait conflit entre leur emploi et leurs responsabilités familiales (article 27);
- le droit des *représentants des travailleurs* à la protection contre les actes susceptibles de leur porter préjudice (article 28).

Par conséquent, *indépendamment de la question de la discrimination*, les parties contractantes qui ont mis ces articles en œuvre ont le devoir politique de rechercher activement la protection substantielle souhaitée pour les groupes identifiés ⁽⁴⁹⁾. Le Comité des experts indépendants [aujourd'hui Comité européen des droits sociaux (CEDS)] a maintes fois souligné que la mise en œuvre de la charte nécessitait non seulement une action juridique, mais aussi une action pratique visant à assurer le plein exercice des droits concernés ⁽⁵⁰⁾. Ce devoir politique positif pourrait fort bien aller beaucoup plus loin que toute action positive qui serait à déduire d'une simple interdiction de la discrimination pour les mêmes groupes.

67. La focalisation de la charte sociale sur la politique active et sur les résultats transparaît aussi dans l'application de ses dispositions relatives à la non-discrimination. L'article 1^{er}, paragraphe 2, de la charte sociale européenne de 1961 requiert des parties contractantes qu'elles s'engagent à :

«protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris»
(italiques ajoutés).

Selon l'interprétation du CEDS, cet article à la fois *interdit* toutes les formes de discrimination formelle dans le domaine de l'emploi et *autorise* une protection plus forte concernant certains motifs de discrimination tels que le sexe ou l'appartenance à une race ou à un groupe ethnique ⁽⁵¹⁾. L'accent placé sur une *protection efficace* dépasse le cadre juridique pour arriver aux *résultats* atteints par l'intégration des groupes cibles traditionnellement exclus du marché du travail (De Schutter, p. 32).

Cette focalisation sur les résultats s'est intensifiée avec l'adoption en 1996 de la version révisée de la charte sociale européenne, qui comporte une *clause générale de non-discrimination* visant à la jouissance des droits reconnus dans la charte (article E). Le CEDS n'a pas tardé à voir *un certain degré de devoir positif* dans cet article E. Pour le Comité, l'interdiction de la discrimination a pour but d'assurer une égalité réelle et effective. Par conséquent, cet article interdit non seulement la discrimination directe, mais aussi toutes les formes de discrimination indirecte. Une discrimination indirecte peut apparaître lorsqu'il n'est pas *«tenu dûment et positivement compte de toutes les*

⁽⁴⁹⁾ Pour une introduction à la charte, voir Conseil de l'Europe, *Vade-mecum de la charte sociale européenne*, 3^e éd., 2005.

⁽⁵⁰⁾ Voir, par exemple, *Commission internationale de juristes contre Portugal*, 9 septembre 1999, point 32; *Autisme Europe contre France*, 4 novembre 2003, point 53.

⁽⁵¹⁾ Voir notamment les conclusions 2002 (France), p. 22-28, et les conclusions XVI-1, vol. 2 (Luxembourg), p. 377-380.

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»⁽⁵²⁾.

6.2.4. Conclusions

68. Ni l'article 14 de la CEDH ni le protocole n° 12 n'imposent ni ne demandent formellement de *devoir d'action positive* aux États parties au-delà de l'obligation de rendre leur cadre juridique compatible avec l'égalité formelle. La nature ouverte de la non-discrimination en tant que droit de l'homme permet certainement l'adoption de *mesures positives facultatives* en faveur de l'égalité effective. Elle peut même justifier une discrimination positive enfreignant le principe de l'égalité formelle si le traitement inégal a une justification objective et raisonnable. Tout dépend de l'interprétation de ces obligations donnée par la CrEDH ainsi que du degré de discrétion que la Cour est disposée à laisser à l'État. Le peu de jurisprudence va dans le sens de l'acceptation de la discrimination positive qui vise à remédier à une situation existante de discrimination formelle. On ne sait au juste si la simple diversité pourrait justifier de pareilles mesures, mais certains auteurs déduisent des arguments dans ce sens du fait que la Cour voit traditionnellement la société démocratique comme une société fondée sur des valeurs de diversité et de tolérance (De Schutter, p. 20).

Du point de vue du droit communautaire en matière d'action positive, la valeur de la CEDH et de son protocole n° 12 réside donc moins dans leur compréhension de l'action positive que dans le champ d'application complémentaire, sur les plans matériel et personnel, de leur principe de non-discrimination (Bell, p. 69).

69. Une conclusion similaire peut être tirée de la charte sociale européenne. Sa longue énumération de droits nécessite un programme actif de politique sociale *qui complète le domaine de l'égalité et va bien au-delà*. La charte et les instruments d'égalité de la Communauté peuvent se croiser lorsqu'ils visent le bien des mêmes groupes défavorisés. Ce cas se traduit souvent par un renforcement mutuel, bien qu'une incompatibilité ne puisse pas être écartée. Même si l'on ne peut exclure que l'élan de la charte en faveur d'une politique d'intégration active soit susceptible de soulever des questions au titre du droit en matière d'égalité vis-à-vis des groupes non défavorisés, il faut garder à l'esprit que l'égalité formelle n'est évoquée que lorsque les membres des différents groupes se trouvent dans des situations comparables.

Concernant l'action positive et le droit en matière de discrimination, le cadre mis en place par l'Union européenne est extrêmement compliqué. Au titre de la charte, on peut déduire seulement un certain degré de devoir positif du fait que l'interdiction de discrimination est étendue à la discrimination indirecte. Un devoir positif similaire résulte implicitement de l'interdiction de la discrimination indirecte inscrite dans le droit communautaire, bien que la CJCE ait du mal à admettre cette réalité (voir le point 10). Seule, l'Union européenne possède des dispositions d'action positive qui s'ajoutent à l'interdiction de la discrimination à proprement parler.

6.3. L'action positive ou les «mesures temporaires spéciales» dans le droit international relatif aux droits de l'homme

70. En règle générale, les conventions relatives aux droits de l'homme encouragent la réalisation effective et la protection des *droits fondamentaux* dans l'ordre juridique des parties contractantes. À ce titre, elles entraînent naturellement, pour ces parties, des obligations politiques positives et orientées sur les résultats. Dans le texte

⁽⁵²⁾ *Autisme Europe contre France*, 4 novembre 2003, point 52; *ERRC contre Italie*, 7 décembre 2005, point 20; *ERRC contre Bulgarie*, 18 octobre 2006, point 26. À noter que le CEDS, pour justifier sa position, se réfère à l'arrêt *Thlimmenos* rendu par la CrEDH, une affaire que l'on n'évoque quasiment plus à présent (voir le point 62).

suisant, toutefois, l'accent est placé exclusivement sur les *dispositions de non-discrimination en tant que telles* et sur l'action positive qui en découle, habituellement appelée «mesures temporaires spéciales». Nous n'analyserons pas la force juridique de ces dispositions dans l'ordre juridique des États parties aux conventions.

6.3.1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)

71. Outre quelques interdictions accessoires visant la discrimination, le PIDCP contient, à son article 26, une interdiction générale de la discrimination:

«Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À 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» (italiques ajoutés).

L'article 26 adopte clairement une approche active, suggérant l'action positive. Cette interprétation a été approuvée par le Comité des droits de l'homme (CDH). À plusieurs occasions, le CDH a exprimé son opinion, selon laquelle les mesures positives visant à aider un groupe défavorisé sont non seulement autorisées, mais parfois même exigées par le pacte. D'après le CDH, «le principe de l'égalité *oblige parfois* les États parties à adopter une action affirmative afin d'atténuer ou d'éliminer les conditions qui causent ou aident à perpétuer une discrimination interdite par le pacte. [...] pour autant qu'une telle action soit nécessaire pour remédier à une discrimination de fait, elle constitue un cas de différenciation légitime au titre du pacte»⁽⁵³⁾. La prévention de la discrimination «requiert non seulement des mesures de protection, mais aussi une action affirmative conçue pour assurer l'exercice effectif des droits»⁽⁵⁴⁾. En particulier, les États doivent prendre «toutes les mesures nécessaires pour mettre fin aux actes discriminatoires dans les secteurs public et privé qui entravent l'égalité de l'exercice des droits entre hommes et femmes»⁽⁵⁵⁾.

L'approbation d'une action positive obligatoire aux termes de l'article 26 a aussi du sens en raison de la nature prétendument autonome qui porte cette disposition au-delà des droits civils et politiques protégés par le PIDCP. Encore une fois, selon le CDH, l'article 26 «interdit la discrimination dans la loi ou dans les faits, *dans tout domaine réglementé et protégé par des autorités publiques*»⁽⁵⁶⁾.

72. Une action positive revenant à un *traitement inégal* doit avoir une *justification objective et raisonnable* et être *proportionnée par rapport au but poursuivi*. L'examen de ce critère doit être mené au cas par cas. Dans l'affaire *Jacobs contre Belgique*, le CDH est allé jusqu'à accepter un système de quota ferme pour la nomination de non-juristes au Haut Conseil de la justice (Belgique), un organisme officiel doté d'un rôle de consultation et de recherche. Compte tenu des particularités de cette affaire, ledit quota ne constituait pas une restriction disproportionnée du droit d'accès à une fonction officielle (Vandenhole, p. 222-223).

⁽⁵³⁾ Observation générale n° 18, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

⁽⁵⁴⁾ Observation générale n° 4, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

⁽⁵⁵⁾ Observation générale n° 28, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

⁽⁵⁶⁾ Observation générale n° 18, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

6.3.2. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pidesc)

73. Le Pidesc ne contient pas de disposition générale en matière d'égalité, mais exige des États parties au pacte qu'ils s'engagent:

«à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (article 2, paragraphe 2, et article 3).

Afin de promouvoir cette disposition, le comité du Pidesc a souligné l'importance de l'égalité *substantielle, factuelle*, s'ajoutant à l'égalité formelle (Vandenhole, p. 239). Le comité a déclaré que «l'adoption de mesures temporaires spéciales visant à instaurer l'égalité de fait pour les hommes et les femmes et pour les groupes défavorisés n'enfreint pas le droit à la non-discrimination en matière d'éducation». Il en va de même pour les personnes handicapées «parce que des mesures appropriées doivent être adoptées pour remédier à la discrimination de fait et pour établir l'égalité des chances pour les personnes handicapées»⁽⁵⁷⁾.

Ainsi, même si l'action positive facultative a généralement été favorisée, le Pidesc ne semble pas imposer aux États l'*obligation générale* d'adopter de telles mesures; quant au comité, il a à peine suggéré ces mesures pour des *cas spécifiques* (Koukoulis-Spiliotopoulos, p. 530; Vandenhole, p. 239). En matière de genre, l'application du principe de l'égalité «*requiert parfois* des États parties qu'ils adoptent des mesures en faveur des femmes afin d'atténuer ou d'éliminer les conditions perpétuant la discrimination»⁽⁵⁸⁾.

74. Le Pidesc laisse moins de latitude pour la pleine *discrimination inversée* que le PIDCP. Le comité du Pidesc semble favoriser l'action positive qui est «fondée sur le principe de l'égalité» et qui «ne mène pas au maintien de normes inégales ou distinctes pour des groupes différents». Dans le cas du genre, motif de discrimination pour lequel le comité a été le plus indulgent, les mesures favorisant les femmes sont acceptées si elles «sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait et si elles sont abrogées dès que l'égalité de fait est atteinte». Toutefois, même l'exigence de la proportionnalité impose la neutralité quand des raisons propres à un candidat donné peuvent faire pencher la balance en sa faveur⁽⁵⁹⁾. Il est difficile de ne pas y voir une analogie avec la jurisprudence de la CJCE.

6.3.3. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEFDF)

75. La CEFDF est très explicite quant à la promotion de l'égalité substantielle à travers des mesures d'action positive. Dans le cadre de son interdiction de toute discrimination à l'égard des femmes, elle exige que les États parties poursuivent «sans retard» une action politique (article 2, paragraphe e) visant à assurer le «plein exercice» (article 24). À son article 4, elle autorise même de façon explicite l'action positive:

«1. L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination

⁽⁵⁷⁾ Observations générales n° 5 et n° 16, consultables à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

⁽⁵⁸⁾ Observation générale n° 16, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

⁽⁵⁹⁾ Observation générale n° 16, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

tel qu'il est défini dans la présente convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints.

2. L'adoption par les États parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire.»

L'article 4 distingue clairement les *mesures de protection* prises en faveur des femmes (paragraphe 2) des *mesures temporaires spéciales* visant à instaurer l'égalité de fait (paragraphe 1).

76. Les mesures temporaires spéciales ne sont ainsi pas considérées comme discriminatoires si elles: a) accélèrent l'égalité de fait entre les hommes et les femmes; b) n'ont pas pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes; c) sont abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement entre les sexes ont été atteints.

Accélérer l'égalité de fait signifie que les États parties doivent éliminer non seulement leurs propres pratiques discriminatoires, mais aussi celles des particuliers et des institutions privées dans tous les domaines, et qu'ils doivent traiter les différences en les respectant. Les États parties sont également tenus de remédier aux effets discriminatoires des lois qui sont apparemment égales, mais qui affectent les femmes de façon disproportionnée (Cook, p. 123-124).

L'interdiction du maintien de normes inégales ou distinctes défend aux États parties de s'écarter complètement du principe méritocratique en adoptant des mesures qui viseraient simplement à atteindre une égalité de résultats d'une façon discriminatoire inversée. Les quotas sont donc autorisés uniquement concernant les membres aux *qualifications égales* d'un groupe traditionnellement défavorisé (Cook, p. 125).

L'obligation d'abroger les mesures temporaires *dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints* ne veut rien dire d'autre que ce qu'elle énonce. Les États membres doivent retirer ces mesures dès qu'ils ont atteint les objectifs poursuivis. Des clauses d'extinction ou mesures à court terme ne sont pas obligatoires (Freeman, p. 100-103). La durée des mesures doit être déterminée par le résultat fonctionnel obtenu en réponse au problème, et non par l'écoulement d'un laps de temps prédéterminé ⁽⁶⁰⁾. Par conséquent, les mesures temporaires spéciales peuvent durer très longtemps, mais être dotées d'une justification précise et évaluées régulièrement (Holtmaat, p. 225-226).

77. L'article 4, paragraphe 1, de la CEFDF autorise les mesures temporaires spéciales, mais ne les impose pas. Toutefois, le comité de la CEFDF a déduit une obligation de l'objet et de la structure de cette convention. Ses États parties sont obligés d'adopter et de mettre en œuvre des mesures temporaires spéciales si l'on peut établir que ces mesures sont nécessaires et appropriées pour accélérer l'atteinte d'un objectif général ou spécifique d'égalité de fait ou substantielle pour les femmes ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Recommandation générale n° 25 relative à l'article 4, paragraphe 1, point 20, consultable sur <http://www.un.org>.

⁽⁶¹⁾ Recommandation générale n° 25 relative à l'article 4, paragraphe 1, point 24, consultable sur <http://www.un.org>.

6.3.4. Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEFDR)

78. La CIEFDR reflète la CEFDL en ce sens qu'elle souligne explicitement l'égalité substantielle et qu'elle reconnaît la validité des mesures spéciales adoptées pour l'atteindre:

«Les *mesures spéciales* prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour *leur garantir la jouissance* et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité *ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale*, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient» (article 1^{er}, paragraphe 4, italiques ajoutés).

La CIEFDR va même plus loin en rendant les mesures spéciales obligatoires dans certaines circonstances:

«Les États parties prendront, *si les circonstances l'exigent*, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des *mesures spéciales et concrètes* pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, *dans des conditions d'égalité*, le *plein exercice* des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient» (article 2, paragraphe 2, italiques ajoutés).

Combiner ces deux dispositions ne va pas sans poser de difficultés textuelles. L'article 1^{er}, paragraphe 4, approuve les mesures spéciales qui n'ont pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents. Quant à l'article 2, paragraphe 2, il impose les mesures spéciales pour autant que les droits distincts pour les divers groupes raciaux soient abolis une fois les objectifs atteints. L'article 1^{er} ne soutient donc pas la discrimination inversée, tandis que l'article 2 semble l'imposer si nécessaire.

Toutefois, il est généralement entendu que les mesures spéciales doivent être adoptées pour tous en toute égalité, être nécessaires dans une société démocratique, respecter le principe de l'équité et reposer sur une appréciation réaliste de la situation. Elles doivent couvrir tous les domaines concernés, y compris l'emploi du secteur privé et la formation professionnelle (Vandenhole, p. 207-210). À cet égard, la CIEFDR oblige ses États parties à donner une dimension horizontale à ses dispositions.

6.3.5. Autres conventions internationales

79. D'autres conventions internationales contiennent des interdictions explicites de la discrimination, par exemple la convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (n° 111), la convention de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco) concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la charte des Nations unies, la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE), la convention-cadre pour la protection des minorités nationales et la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées. Certains de ces instruments encouragent leurs États parties à adopter des mesures d'action positive quand celles-ci garantissent l'atteinte de l'égalité substantielle. C'est le cas pour l'article 4 de la convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Le comité de la CNUDE a également souligné que «l'application du principe de la non-discrimination dans l'égalité d'accès aux droits n'est pas synonyme de traitement identique» ⁽⁶²⁾, et a encouragé les États parties à développer des programmes d'action posi-

⁽⁶²⁾ Observation générale n° 5, paragraphe 12, consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

tive fondés sur les besoins et les droits des enfants plutôt que sur des motifs de discrimination spécifiques (Vandenhoele, p. 285). L'article 5 de la convention des Nations unies de 2005 relative aux droits des personnes handicapées contient une obligation portant sur les aménagements raisonnables et qualifie de non discriminatoires les «mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité de facto des personnes handicapées».

6.3.6. Conclusions

80. Étant donné la diversité, voire l'inflation d'instruments de lutte contre la discrimination, il est très difficile de brosser un portrait unique et homogène des relations existant entre la non-discrimination et l'action positive ou les «mesures temporaires et spéciales» dans le droit international en matière de droits de l'homme. Néanmoins, nous pouvons discerner des traits communs pertinents du point de vue du droit communautaire.

Tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme examinés ci-dessus se focalisent, à divers degrés, sur *l'égalité substantielle sans ôter les mérites de l'égalité formelle*. Ce faisant, ils diffèrent non seulement du droit communautaire, mais aussi de la CEDH et de la charte sociale européenne. Ces instruments européens *se focalisent sur l'égalité formelle sans ôter les mérites de l'égalité substantielle*. Le choix international en faveur de l'égalité substantielle signifie que l'action positive menée à travers des «mesures temporaires et spéciales» est non seulement acceptée, mais aussi naturellement attendue et, à l'occasion, exigée conditionnellement par une disposition explicite et/ou une interprétation du comité compétent. La mesure avec laquelle l'action positive est intégrée dans l'égalité substantielle obligatoire dépend toutefois de sa source. La discrimination inversée, en particulier, n'est pas approuvée ou imposée de façon égale entre ces diverses conventions. De plus, les restrictions imposées à l'égalité formelle afin d'atteindre des résultats substantiels feront l'objet d'examen en fonction de leur nature, leur but et leur durée. Même si l'action positive n'est, donc, pas vue comme une exception à l'égalité, mais comme l'une de ses composantes, elle continuera à rencontrer un certain degré de limitation. L'égalité formelle reste la grande position de repli que l'action positive ne peut dépasser.

81. Cela étant dit, où situer l'application du droit communautaire relatif à l'action positive dans les États membres de l'UE qui sont aussi parties aux instruments internationaux en matière de droits de l'homme?

Premièrement, la dimension «droits de l'homme» au niveau des États membres peut utilement servir de complément obligatoire au cadre essentiellement facultatif mis en place par le droit communautaire pour l'action positive. Le bref tour d'horizon de l'expérience des États membres que nous avons mené dans le cadre de cette étude nous montre que plusieurs États ont bel et bien dépassé le modeste cadre fourni par l'Union.

Deuxièmement, compte tenu de l'importance accordée à des normes communes en matière de droits de l'homme dans l'élaboration du droit communautaire, en particulier dans la jurisprudence de la CJCE, des arguments pourraient être formés en faveur d'une approche plus flexible, davantage orientée sur les droits de l'homme, cela en parallèle avec la poursuite du développement de la doctrine de l'action positive au niveau communautaire. Toutefois, de tels arguments devront nécessairement être confrontés à l'approche formelle de l'égalité relativement stricte des instruments *européens* primaires relatifs aux droits de l'homme.

Troisièmement, pour le moment, nous ne pouvons exclure que le volontarisme transparaissant dans les instruments internationaux en matière de droits de l'homme puisse pousser leur action positive exigée ou souhaitée au-delà de l'actuellement acceptable au regard de l'examen de la CJCE ou au regard de la CEDH ou de la charte sociale. C'est le cas en particulier de la discrimination à l'encontre des femmes et de la discrimination raciale, domaines où les conventions des droits de l'homme contiennent un programme positif clair. Pour qu'un différend apparaisse vraiment, il faudrait bien sûr mener une analyse détaillée de toutes les sources et de leur force juridique respective dans le cas particulier soulevé. Lorsque les conventions des droits de l'homme contiennent des dispositions programmatiques visant au développement d'une action par l'État, il semble logique que le droit communautaire, plus puissant, ait préséance, quelles qu'en soient les répercussions dans le domaine des droits de l'homme.

Richard | 1988

Chapitre VII

Références dans le domaine du droit comparatif

82. Le droit de la Communauté européenne en matière d'action positive est encore en phase de développement, comme en témoignent le nombre limité d'affaires jugées par la CJCE et la récente prolifération de références à l'action positive dans les nouvelles directives. Les exercices de droit comparatif menés dans des juridictions plus expérimentées en action positive peuvent donc constituer des sources utiles, non d'informations faisant autorité mais d'inspiration. L'exercice que nous allons effectuer concerne l'action positive dans deux juridictions anglo-saxonnes d'importance. Il est centré sur la *discrimination positive* et son examen judiciaire. Cet exercice ne prétend pas donner une introduction générale au droit relatif à l'action positive dans ces juridictions.

7.1. États-Unis d'Amérique

83. Le système juridique des États-Unis possède une grande diversité de dispositions en matière d'action positive ou «affirmative» (ci-après l'AA) au niveau fédéral, de l'État et local. Les tribunaux américains, en particulier les tribunaux fédéraux et la Cour suprême des États-Unis (ci-après la CS), jouent un rôle majeur dans le développement de l'AA. Néanmoins, il faut tout de suite préciser que, même après des décennies d'expérience, beaucoup de doutes et d'incertitudes subsistent au sujet des limites des programmes d'AA. La jurisprudence de la CS s'est peu à peu diversifiée et s'est muée en un cadre complexe qui continue à susciter confusion et division parmi les observateurs. Nous allons résumer ci-après les traits principaux de cette jurisprudence, dont l'étude doit s'effectuer en ayant à l'esprit deux grandes lignes de séparation. D'abord, les *plans d'action volontaire* doivent être distingués des *plans d'action affirmative imposés par le tribunal* ou involontaires, car ils font l'objet de critères similaires mais différents. Ensuite, l'AA menée par des *entités publiques* est soumise non seulement à des restrictions imposées par la loi, mais également à un examen constitutionnel général en vertu des cinquième et quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis (clause sur l'égalité protection des lois).

7.1.1. Admissions à l'université

84. Aux États-Unis, dans le cadre des admissions à l'université, l'action affirmative pratiquée à travers l'une ou l'autre forme de «discrimination bénigne» constitue une question extrêmement litigieuse depuis plusieurs décennies. Elle concerne la *clause sur l'égalité protection des lois*, contenue dans la Constitution, et le *titre VI de la loi de 1964 sur les droits civils*, qui a été promulguée afin d'interdire toute discrimination fondée sur la race, la couleur ou l'origine nationale dans les programmes et activités bénéficiant d'une aide fédérale.

Deux grandes affaires jugées par la Cour suprême dominent la scène. Dans l'affaire *Bakke* (1978), une cour très divisée a rejeté une procédure d'admission qui réservait, dans chaque nouvelle classe, un quota de places aux étudiants des minorités défavorisées⁽⁶³⁾. Bien que la signification exacte de cette décision fasse l'objet de débats depuis des décennies, il est généralement admis que la CS a choisi de soumettre *toute classification raciale ou ethnique*, quel que soit son objectif «bénin», à un *examen strict*. Ce dernier n'admet que les programmes d'AA qui répondent à un «*intérêt gouvernemental impérieux*» et dont les mesures sont «*strictement adaptées*» à la promotion de cet intérêt. L'examen strict impose davantage de restrictions que l'alternative de l'examen d'intensité moyenne, qui était préconisé par les adeptes de l'AA et qui, pour l'essentiel, tolère la classification raciale si elle sert un «*intérêt gouvernemental important*» au moyen de mesures «*liées de façon substantielle à cet intérêt*».

Après des décennies d'incertitude dans les milieux universitaires et judiciaires, l'arrêt rendu dans l'affaire *Bakke* a été maintenu et clarifié par la CS en 2003 à l'occasion des affaires *Grutter* et *Gratz*⁽⁶⁴⁾. La CS a eu à juger de la mesure dans laquelle l'École de droit de l'université du Michigan pouvait constitutionnellement utiliser la race pour assurer

⁽⁶³⁾ *Regents of University of California contre Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

⁽⁶⁴⁾ *Grutter contre Bollinger*, 123 S.Ct. 2325 (2003); *Gratz contre Bollinger*, 123 S.Ct. 2411 (2003).

une «masse critique» d'étudiants issus de minorités sous-représentées. Dans les affaires *Grutter* et *Gratz*, la Cour s'en est tenue à un examen strict, a distingué le plan du Michigan de quotas effectifs et a déclaré que la *diversité était un intérêt impérieux dans l'enseignement supérieur* et que la race était un facteur parmi d'autres à pouvoir être pris en compte pour atteindre les bénéfices éducatifs qui résultent de la diversité des étudiants (Nowak et Rotunda, p. 826). Ce faisant, la Cour s'en est tenue à un examen strict tout en reconnaissant que l'intérêt impérieux requis par elle ne se limitait pas à la correction d'une discrimination préalable par la même institution.

85. Les quotas raciaux sont donc, par définition, inconstitutionnels. Les politiques d'admission ou de transfert qui assignent un nombre fixe de places sur la base exclusive de la race sont définitivement inconstitutionnelles. Les politiques d'admission ou de transfert à niveaux multiples fondées sur la race sont, par présomption, inconstitutionnelles. Au-delà de ces questions de droit assez rudimentaires, le champ reste largement ouvert (Munich et Brouy, p. 29).

7.1.2. Emploi dans le secteur privé

86. Le titre VII de la loi de 1964 sur les droits civils est la principale loi fédérale régissant la discrimination en matière d'emploi. Il déclare illégal, entre autres, le fait «*de pratiquer une discrimination contre toute personne [...] en raison de sa race, sa couleur, sa religion, son sexe ou son origine nationale*». Tant la formulation que l'historique de l'élaboration de cette disposition exigent la neutralité, la «cécité à la couleur», de la part de l'employeur. En commençant par l'affaire *Weber* (1979), la CS a néanmoins admis que l'interdiction de la discrimination raciale énoncée par le titre VII ne condamne pas tous les **plans d'action privés, volontaires et tenant compte de la race**.

De plus, l'examen par la Cour de tels plans n'avait qu'une *intensité moyenne*. Un employeur n'a pas besoin de souligner ses propres pratiques discriminatoires antérieures, mais seulement un «déséquilibre manifeste dans les catégories d'emploi traditionnellement visées par la ségrégation» (*Johnson contre Transportation Agency of Santa Clara County*). L'objectif de l'AA doit simplement refléter ceux de la loi, notamment briser les vieux modèles de ségrégation et de hiérarchie. Par ailleurs, l'AA ne doit pas «entraver sans nécessité les intérêts des salariés blancs» (*Weber*). C'est ce qui a incité les tribunaux à accorder de l'importance à des éléments tels que l'absence d'un obstacle absolu, l'absence de quotas rigides, la relation du public cible avec le marché du travail en question, la durée temporaire de l'AA ou sa révision périodique⁽⁶⁵⁾.

87. En la présence d'une disposition qui penche en faveur de la neutralité, et en l'absence de toute disposition approuvant l'action positive, la flexibilité des tribunaux américains vis-à-vis de l'AA est tout à fait remarquable. Cela est d'autant plus vrai depuis que le test de *Weber* a fini par être étendu au-delà de la traditionnelle question de la race, par exemple dans des **affaires de discrimination sexuelle**. Il ne faut peut-être pas s'étonner qu'un amendement apporté en 1991 au titre VII de la loi sur les droits civils ait restreint le champ d'application de l'AA dans le domaine de la sélection, rendant explicitement illégale toute pratique visant «à ajuster les scores, à utiliser des scores-seuils ou à altérer d'une autre façon les résultats des tests de recrutement sur la base de la race, de la couleur, de la religion, du sexe ou de l'origine nationale» (paragraphe 703, section I). Notons également que le test de *Weber* ne s'applique qu'aux plans d'AA volontaires menés pour l'emploi dans le secteur privé. Le champ d'application de l'AA exigée par le tribunal est beaucoup moins étendu. Quant à la clause sur l'égale protection contenue dans la Constitution américaine, elle impose également un examen plus strict aux mesures d'AA prises pour l'emploi du secteur public, dans le droit fil du principe général d'examen strict applicable aux mesures d'AA prises par le gouvernement.

⁽⁶⁵⁾ *United Steelworkers contre Weber*, 443 US 193 (1979); *Johnson contre Transportation Agency of Santa Clara County*, 480 US 616 (1987). Voir: Pfeiffer, p. 1059 et suiv.; Larson, p. 62-24 et suiv.

7.1.3. Programmes gouvernementaux

88. Après plusieurs hésitations apparues dans la jurisprudence de la CS, on ne peut encore déterminer clairement si tous les plans d'AA mis en œuvre par le gouvernement — que ce soit au niveau local, de l'État ou fédéral, et que l'entité publique ait qualité de contractant, d'autorité de réglementation ou d'employeur public — sont soumis à un examen strict dès qu'ils impliquent une quelconque forme de parti pris fondé sur la race ou une autre «discrimination bénigne». Comme dans le cas des admissions à l'université, il faut pour cela un intérêt *gouvernemental impérieux* auquel la mesure d'AA en cause doit être *strictement adaptée* ⁽⁶⁶⁾. La différence réside dans l'interprétation de ce qui répond au critère commun de l'examen. L'examen de l'AA dans l'affaire des admissions à l'université illustre le rôle unique joué par les universités pour favoriser le libre-échange des idées. Les mesures d'AA du gouvernement doivent être adaptées aux réalités du programme gouvernemental en question. Cela suppose, par exemple, des informations très claires sur la discrimination passée ou persistante commise par le gouvernement; ces informations ne doivent pas avoir une portée générale, mais concerner le domaine spécifique pour lequel l'AA a été conçue. De même, on ne peut pas encore dire avec certitude si le simple objectif constitué par la *diversité*, à part sa qualité de remédiation de la discrimination, peut être reconnu comme «intérêt impérieux» pour justifier les mesures d'AA prises par le gouvernement (Nowak et Rotunda, p. 803-837).

7.2. Canada

7.2.1. Législation

89. Au Canada, l'action affirmative se fonde sur des sources diverses. De portée générale, les *lois sur les droits de l'homme* (ci-après les LDH) des différentes provinces canadiennes contiennent, au sujet de l'action affirmative, des dispositions plus facultatives qu'obligatoires. Dans le domaine de l'emploi, la *loi sur l'équité en matière d'emploi* (ci-après la LEE) porte sur l'action correctrice de la situation défavorisée des femmes, de la population autochtone, des personnes handicapées et des membres des minorités «visibles». Elle oblige les *employeurs* à adopter des mesures systématiques en vue de la réalisation de l'égalité, notamment des enquêtes sur le lieu de travail, une révision des systèmes d'emploi ainsi qu'un plan d'action doté d'objectifs concrets et de mesures spécifiques pour les atteindre. Par essence, la LEE est un instrument de diversité obligatoire plutôt qu'une source de discrimination inversée.

Un autre instrument clé en matière d'action positive est la **charte canadienne des droits et libertés** (ci-après la charte), qui fait partie intégrante de la Constitution canadienne. La charte s'applique au *gouvernement*, notamment à l'État en qualité d'employeur, mais non aux acteurs privés. La section 15 de la charte institue un droit général à l'égalité (section 15, paragraphe 1) ainsi qu'une «disposition spéciale relative aux programmes» (section 15, paragraphe 2) validant «les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques». Le texte ne précise cependant pas si la section 15, paragraphe 2, constitue une exception à la section 15, paragraphe 1, ou une clarification de cette dernière (Hogg, p. 52-46). En tout état de cause, la Cour suprême du Canada n'a pas eu de scrupule à utiliser la section 15 comme un mandat constitutionnel ouvert justifiant l'action positive. Ainsi, contrairement aux États-Unis, où la Constitution prend parti pour l'égalité des lois et où la constitutionnalité de l'AA est encore controversée, la Constitution canadienne reconnaît expressément l'action positive.

⁽⁶⁶⁾ *Richmond contre Croson Co.*, 488 US 469 (1989); *Adarand Constructors Inc. contre Peña*, 515 US 200 (1995).

7.2.2. Jurisprudence

90. Relativement peu d'affaires traitent des **dispositions d'action affirmative des LDH**, cela en raison du soutien apporté à l'AA par les diverses commissions des droits de l'homme. La jurisprudence existante est extrêmement flexible. À plusieurs occasions, la Cour suprême du Canada a facilement accepté des programmes d'AA remédiant à une discrimination systémique avérée, même quand ces programmes comportaient des quotas de correction ou introduisaient une discrimination positive en faveur d'un groupe précédemment marginalisé ⁽⁶⁷⁾. La Cour adopte une approche fondée sur l'objet visé qui reconnaît l'AA comme un instrument apte à remédier à une discrimination systémique (Finkelstein, p. 1285). Elle a même explicitement mis la reconnaissance et l'adaptation des droits de groupe pratiquées au Canada en opposition avec l'approche individuelle préconisée par le droit des États-Unis. Dans la même perspective comparative, on peut aussi s'étonner de ce que la Cour suprême du Canada n'ait pas développé de norme d'examen et se soit contentée de reconnaître le caractère nécessaire de l'AA pour réaliser l'égalité substantielle.

Dans plusieurs affaires, la Cour suprême du Canada a étendu à la **section 15 de la charte** sa reconnaissance du fait que l'égalité peut aussi nécessiter un traitement inégal aux fins de l'égalité substantielle ⁽⁶⁸⁾. La Cour soutient l'AA aussi longtemps que la discrimination résultante n'est pas fondée sur un stéréotype et a donc un objectif d'amélioration qui ne coïncide pas avec les besoins et la situation du groupe non défavorisé ⁽⁶⁹⁾. De plus, la Cour agit ainsi sur la base du *droit général à l'égalité* énoncé à la section 15, paragraphe 1, de la charte et non sur celle de sa *disposition spéciale relative aux programmes*, évoquée explicitement à la section 15, paragraphe 2. Voilà encore un élément qui souligne l'attitude pragmatique canadienne, qui voit l'AA comme une partie intégrante du droit de l'égalité et non comme une exception à ce droit (Drumbl et Craig, p. 91-94; Ventura, p. 131-132).

⁽⁶⁷⁾ *Athabasca Tribal Council contre Amoco Canada Petroleum Company*, 1 SCR 699 (1981); *Action Travail des Femmes contre Canadian National Railway Co.*, 1 SCR 1114 (1987); *NCARR contre Health Canada*, C.H.R.D. n° 3 (Q.L.) 523 (1997).

⁽⁶⁸⁾ *Andrews contre Law Society of British Columbia*, 1 SCR 143 (1989); *Weatherall contre Canada*, 2 SCR 872 (1993).

⁽⁶⁹⁾ *Lovelace contre Ontario*, 1 SCR 950 (2000).

Piebe | 1970

Chapitre VIII

Conclusions générales

91. Le cadre juridique de l'action positive présente de multiples facettes. Il se compose à la fois d'éléments des droits de l'homme au niveau tant international qu'europpéen, du droit communautaire européen ainsi que du droit national, y compris du droit constitutionnel national dans nombre de cas. Toutes ces sources envisagent à leur propre façon l'interaction entre égalité et action positive. Cette complexité juridique est accrue par l'énorme diversité des mesures pouvant être qualifiées d'«action positive». Mélange résultant de toutes ces composantes, la réalité de l'égalité a donc des significations différentes dans les divers États membres de l'Union européenne.

La présente étude s'est centrée sur le concept d'action positive dans la directive 2000/43/CE sur l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et dans la directive-cadre 2000/78/CE. Elle a cherché à établir la relation existant entre ce concept et le droit communautaire général relatif à l'égalité ainsi que l'*acquis* de l'action positive dans le domaine de l'égalité de genre. Nos analyses nous ont permis de dégager plusieurs conclusions révélatrices qui pourront servir pour la suite du développement de l'action positive dans le droit communautaire.

92. Malgré quelques différences textuelles mineures, les dispositions d'action positive des directives de 2000 reproduisent pour l'essentiel le contenu de l'article 141, paragraphe 4, du traité CE pour ce qui est de leurs champs d'application respectifs (points 27-34). L'article 141, paragraphe 4, du traité n'a lui-même pas (encore) été utilisé par la CJCE pour étendre la marge de manœuvre de l'action positive au-delà de ce qu'autorise l'article 2, paragraphe 4, de la directive initiale sur l'égalité de traitement. Toute action positive qui établit une quelconque forme de discrimination positive est encore interprétée comme une exception au principe de l'égalité formelle. La délimitation de cette exception se fait de plus en plus à travers le prisme de la *proportionnalité*. L'application de la norme générale de proportionnalité à des cas spécifiques nous permet de dégager les lignes directrices suivantes (points 25-26 et 33-34):

- Toute discrimination positive doit, conformément au *principe de proportionnalité*, viser un but légitime et rester dans les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre ce but, *en conciliant autant que possible le principe de l'égalité de traitement avec les exigences du but poursuivi*.
- Pour ce qui est de la *légitimité*, les *caractéristiques d'un groupe* peuvent justifier certaines mesures qui entraînent une discrimination positive individuelle, pour autant que ces mesures poursuivent le but correct, rendant superflue la condition relative à un *préjudice individuel*.
- Les mesures de discrimination positive doivent *objectivement poursuivre le but annoncé et reposer sur des critères objectifs et transparents*.
- La *proportionnalité dans la sélection* n'est pas respectée lorsque le traitement préférentiel est automatique et inconditionnel et ne comporte pas une appréciation objective de la situation personnelle de tous les candidats. Les quotas automatiques sont donc inacceptables.

Le *but légitime* requis peut varier en fonction du contexte et des groupes concernés. Dans le contexte de l'*emploi des femmes*, ce but doit être *d'éliminer et de corriger les causes des possibilités réduites d'accéder à l'emploi et à une carrière*, et d'améliorer la capacité du sexe sous-représenté de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité, ce qui revient à remédier à un déséquilibre avéré entre les sexes (points 15-24). Nous ignorons au juste quel *niveau de déséquilibre* est requis pour justifier une discrimination positive. L'incertitude règne aussi quant à savoir s'il faut — et, si oui, comment — juger l'*efficacité* et l'*impact en termes de coûts/bénéfices* de la discrimination positive (point 26).

Nous pouvons raisonnablement supposer que l'augmentation considérable des motifs de discrimination protégés et du champ d'application matériel du droit communautaire relatif à l'égalité qui s'effectuera au moyen des directives de 2000 se traduira par des buts acceptables plus nombreux et plus variés concernant l'action positive. Toutefois, cette évolution logique repose sur un cadre conceptuel uniforme qui est, pour l'essentiel, identique à l'*acquis* dans le domaine du genre. Par conséquent, la nature flexible du test de la proportionnalité pourrait

bien, à l'avenir, susciter plus d'indulgence européenne à l'égard de l'action positive, une situation qui ne découle cependant pas a priori du cadre adopté par les directives de 2000 (points 33-34).

93. Le handicap constitue une catégorie à part entière, tant au niveau de l'Union européenne qu'à celui de ses États membres. La directive-cadre prévoit des *dispositions spéciales* pour les personnes handicapées, notamment des quotas formels (points 35-36). Les *aménagements raisonnables* imposent une action positive personnalisée dans le domaine de l'emploi et, par conséquent, s'écartent de la nature normalement facultative et collective de l'action positive dans le droit communautaire (points 37-39). Alors que de nombreux États membres mettent en place des systèmes de quotas pour les personnes handicapées, la flexibilité interne de ces systèmes a souvent pour effet d'en limiter l'impact pratique, en particulier dans le secteur privé (points 57-58).

94. Le droit de l'UE en matière d'égalité et d'action positive ne contraste qu'en partie avec les normes du domaine des droits de l'homme. La convention européenne des droits de l'homme, son protocole n° 12 et la charte sociale européenne tolèrent conditionnellement plutôt qu'elles n'exigent l'action positive dans l'application matérielle des clauses de non-discrimination qui n'évoquent pas de façon explicite des mesures d'action positive. À ce titre, leur cadre de référence est remarquablement analogue à celui de la Communauté européenne. La focalisation de la charte sociale sur la non-discrimination effective découle d'une interdiction de toute discrimination indirecte qui est également présente dans le droit communautaire (points 61-69).

Toutefois, les normes internationales en matière de droits de l'homme voient, à divers degrés, l'action positive sous la forme de «mesures temporaires spéciales» comme une partie intégrante d'un concept d'égalité substantielle. Cette interprétation peut implicitement et, à l'occasion, même explicitement se traduire par une action positive contraignante qui va au-delà de la norme facultative de la Communauté. Il n'est pas à exclure que le degré d'action positive légitimé par les normes internationales en matière de droits de l'homme puisse franchir la frontière de l'examen strict prévalant dans le cadre du droit communautaire (points 70-81).

95. Les analyses de droit comparatif réalisées par la présente étude révèlent de remarquables différences. Alors que les États-Unis autant que l'UE pratiquent un droit de l'égalité centré sur la neutralité, la jurisprudence américaine se montre plus indulgente en acceptant l'«action affirmative» menée au moyen d'une «discrimination bénigne», en particulier dans le domaine de l'emploi du secteur privé (points 83-88). Quant au Canada, il a tout bonnement l'air d'évoluer sur une autre planète: tant son cadre constitutionnel que sa jurisprudence semblent valider l'égalité substantielle presque comme une question de principe (points 89-90).

96. Il est incontestable que le programme d'égalité de l'Union européenne a besoin de l'action positive. L'interdiction de la discrimination sexuelle dans l'emploi a déjà plus de trente ans, mais de nombreuses inégalités restent enracinées. Le fait que l'UE se soit récemment tournée vers les obligations positives et le *mainstreaming* ⁽⁷⁰⁾ symbolise le passage de l'interdiction statique à l'activation dynamique. Il y a bien assez de possibilités de mener une action positive orientée sur les résultats qui n'interfère pas avec l'égalité formelle mais impose sa légitimité (points 3-6). La ligne de démarcation litigieuse entre l'égalité formelle et la discrimination inversée illégale ne devrait pas empêcher l'Europe de voir le large champ ouvert qui s'étend au-delà.

⁽⁷⁰⁾ Voir la directive 2006/54/CE 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).

Nanette | 1987

Bibliographie

Akandji-Kombé, J. F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, direction générale des droits de l'homme, Strasbourg, 2007.

Arnadottir, M., *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haye, 2003.

Barnard, C., *EC employment law*, 2006.

Bayart, C., *Discriminatie tegenover differentiatie: arbeidsverhoudingen na de discriminatiewet, arbeidsrecht na de Europese ras- en kaderrichtlijn*, Larcier, Gand, 2004.

Bell, J., «The relationship between EU law and Protocol No. 12», *Non-discrimination: a human right*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

Bell, M., et Waddington, L., «Reflecting on inequalities in European equality law», *European Law Review*, n° 28, 2003, p. 349-369.

Bennett, M., Roberts, S., et Davis, H., «The Way Forward — Positive Discrimination or Positive Action?», *International Journal of Discrimination and the Law*, 2005, p. 223-249.

Brems, E., «Nieuwe discriminatiegronden in de Wet Bestrijding Discriminatie», dans De Vos, M., et Brems, E. (éd.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, Anvers, 2004.

Burca (de), G., «The Role of Equality in European Community Law», dans Dashwood, A., et O'Leary, S., *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 1997, p. 13-34.

Cook, R., «Obligations to adopt temporary special measures under the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women», dans Boerefijn, I., Coomans, F., Goldschmidt, J., Holtmaat, R., et Wolleswinkel, R. (éd.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Intersentia, Anvers, 2003.

Craig, P., et Burca (de), G., *EU Law — Text, Cases, and Materials*, 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2003.

De Schutter, O., *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, Bruxelles, 2005.

Drumbl, M. A., et Craig, J. D. R., «Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)», *Rev. Const. Stud.*, n° 4, 1997, p. 80.

Ellis, E., *EU anti-discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Ellis, E., «The Principle of Non-Discrimination in the Post-Nice Era», dans Arnull, A. A., et Winscott, D. (éd.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 291-305.

Finkelstein, N., «Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience», *Advocates Quarterly*, n° 6, 1985, p. 188.

Flauss, J.-F., «Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme», *Pouvoir et Liberté — Études offertes à Jacques Mougeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 415-437.

Fredman, S., «Combating Racism with Human Rights: the Right to Equality», dans Fredman, S. (éd.), *Discrimination and Human Rights — The Case of Racism*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Freeman, M., «Temporary Special Measures: How long is temporary and what is special?», dans Boerefijn, I., Coomans, F., Goldschmidt, J., Holtmaat, R., et Wolleswinkel, R. (éd.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Intersentia, Anvers, 2003.

Fryer, R. G., et Loury, G. C., *Affirmative Action and its Mythology*, NBER Working Paper Series, Cambridge, Massachusetts, 2005.

Goedertier, G., «Het Twaalfde Protocol E.V.R.M.: het non-discriminatiebeginsel losgekoppeld van de in het E.V.R.M. opgenomen rechten en vrijheden», *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten 2000-2001*.

Hogg, P., *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Thomson Canada Ltd, Ontario, 1997.

Holtmaat, R., «Building blocks for a general recommendation on article 4(1) of the CEDAW Convention», dans Boerefijn, I., Coomans, F., Goldschmidt, J., Holtmaat, R., et Wolleswinkel, R. (éd.), *Temporary special measures: accelerating de facto equality of women under article 4(1) UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Intersentia, Anvers, 2003.

Jolls, K., «Antidiscrimination and Accommodation», *Harvard Law Review*, n° 115, 2001, p. 642-699.

Jones, T., «The Race Directive: Redefining Protection from Discrimination in EU Law», *European Human Rights Law Review*, n° 5, 2003, p. 515-526.

Koukoulis-Spiliotopoulos, S., *From Formal to Substantive Equality — The Proposed Amendment of Directive 76/207 — Comments and Suggestions*, Ant. N. Sakkoulas Publishers/Bruylant, Athènes/Bruxelles, 2001.

Larson, L., *Employment Discrimination*, 2^e éd., 10 tomes, Matthew Bender, Newark.

McCrudden, C., «Rethinking Positive action», *Industrial Law Journal*, n° 15, 1986, p. 219.

McCrudden, C., *Le nouveau concept de l'égalité*, ERA, 2003, 20 p., <http://www.era.int>.

McInerney, S., «Equal Treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin: a comment», *European Law Review*, n° 25, 2000, p. 317-323.

Munich, J., et Brouy, W., «The "Grutter-Gratz split doubleheader": The Use of Student Race in School Admission, Attendance, and Transfer Policies at the K-12», *50 Years after Brown: What Has Been Accomplished and What Remains to Be Done?*, Harvard University, 2004, 31 p.

Nowak, J., et Rotunda, D., *Constitutional Law*, 7^e éd., Hornbook Series, West Law School, 2004.

O'Hare, U., «Enhancing European Equality Rights: A New Regional Framework», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 8, 2001, p. 133-165.

Pfeiffer, P. J., Mollica, P. W., et Dewolf, G. J., *Employment Discrimination Law*, 3^e éd., American Bar Association, Washington, 2000.

Schiek, D., «A new framework on equal treatment of persons in EC law?: Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/.../EC changing Directive 76/202/EEC in context», *European Law Journal*, n° 8, 2002, p. 290-314.

Schiek, D., «Positive Action before the European Court of Justice — New Conceptions of Equality in Community Law? From *Kalanke* to *Badeck*», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n° 16, 2000, p. 251-275.

Skidmore, P., «EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?», *Industrial Law Journal*, n° 30, 2001, p. 126-132.

Strauss, D., «The Illusory Distinction Between Equality of Opportunity and Equality of Result», dans Devins, N., et Douglas, D. (éd.), *Redefining Equality*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 51-64.

Tobler, C., *Indirect Discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Intersentia, Anvers, 2005.

Tsatsa-Nikolovska, M., «Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights», *Non-discrimination: a human right*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

Vandenhoele, W., *Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies*, Intersentia, Anvers, 2005.

Ventura, C., «Racial Discrimination and Affirmative Action: Canada's Experience with Anti-Discrimination Legislation», dans Appetl, E., et Jarosch, M., *Combating racial discrimination: affirmative action as a model for Europe*, Berg, New York, 2000.

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

Waddington, L., et Hendriks, A., «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n° 18, 2002, p. 403-427.

Wentholt, K., «Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality», dans Loenen, T., et Rodrigues, P. (éd.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Kluwer, La Haye, 1999, p. 53-64.

Whittle, R., «The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis From a Disability Rights Perspective», *European Law Review*, n° 27, 2002, p. 303-326.

Wildhaber, L., «Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights — A Second-Class Guarantee?», *Baltic Yearbook of International Law*, 2002.

Commission européenne

Au-delà de l'égalité formelle — L'action positive au titre des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2008 — 76 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-06380-0

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

